

# L'INDICE PENALE

*Rivista fondata da*  
PIETRO NUVOLONE

*Diretta da*  
ALESSIO LANZI

*Tra l'altro in questo numero:*

- ◇ **In tema di causalità**
- ◇ **In tema di presunzione di non colpevolezza**
- ◇ **Concorso di persone e reato abituale**
- ◇ **Il sequestro "impeditivo"**
- ◇ **Prescrizione e irretroattività**
- ◇ **Sulla riforma della legittima difesa**



Giuridica Editrice

## IL SISTEMA PENALE PRE-MODERNO FRA IL PLURALISMO DELLA GIUSTIZIA NEGOZIATA ED IL MONISMO DELLA *IURISDICTIO* EGEMONICA. CONCENTRAZIONE DEL POTERE COERCITIVO E *PROTECTIO SECUNDUM IMPERIUM*

SOMMARIO: 1. *Ius puniendi*, *iurisdictio* ed *imperium* fra il XIII ed il XVI secolo: intrecci evolutivi e punti di convergenza. – 1.1. La *protectio secundum imperium* come sistema coercitivo dell'obbedienza: cenni introduttivi. – 2. Pluralismo di sovranità, di giurisdizioni e di sistemi di giustizia nel penale del XIII secolo: lo *ius puniendi* rimesso all'autonomia negoziale. – 2.1. Giustizia penale negoziata, faida (*Fehde*) e vendetta (*Rache*). – 3. La *protectio secundum dominium terrae* nel Land austriaco-germanico fra il XII ed il XIII secolo. – 3.1. Il sistema di tutela del “*Rat und Hilfe*” e dello “*Schutz und Schirm*”: la salvaguardia dell'appartenenza territoriale e dell'identità comunitaria come fattore di bilanciamento della *protectio* dell'obbedienza. – 3.2. La giustizia penale come autotutela: ascesa e declino del sistema faidale fra il XIII ed il XVI secolo. – 4. Il rito penale come esercizio di potere e fonte di legittimazione al comando: elementi di reciprocità e di circolarità fra *imperium* e *iurisdictio*. – 5. Dalla fase di costruzione della sovranità unitaria (XII-XIV secolo) al consolidamento dell'*imperium* (XV-XVI secolo): il *Rex-imperator*. – 6. La “*iurisdictio*” come strumento dell'*imperium*: dal *Princeps-iudex-custos-iusti* al *Princeps-imperator*. – 6.1. Il monismo dello *ius imperium* a supporto del monoteismo del sistema penale teocratico. La *protectio secundum imperium* a presidio della *maiestas divina* e dell'*ordo religionis*: dimensione “sacrale” del *Rex-imperator* ed equiparazione fra *crimen laesae maiestatis* e *sacrilegium*. – 6.2. *Protectio regni* e lotta alle “*factiones*”: il pluralismo come disvalore. La *protectio secundum imperium* come sistema coercitivo dell'omologazione. – 6.3. *Protectio secundum imperium*, *bellum iudiciale* e *bellum justum* fra il XV ed il XVI secolo: la criminalizzazione della *rebellio* e dell'*inobedientia* trasposto sul piano della guerra giudiziale e della guerra santa. I prodromi della *Constitutio Criminalis Carolina* e della Santa Inquisizione.

1. L'ordinamento penale pubblicistico organizzato in via giurisdizionale è il risultato di un plurisecolare ed articolato processo di concentrazione del potere coercitivo “nel vertice sovrano”<sup>1</sup> che prese forma sin dagli inizi del XIV secolo, allorché

---

<sup>1</sup> Sul punto vedi COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella*

la molteplicità di *ius dominationis* dislocati territorialmente *ratione feudi*<sup>2</sup> andò progressivamente trasformandosi nell'unità di uno *ius imperium* costruito *ratione regni*<sup>3</sup>.

Il superamento delle “aggregazioni feudali di età medioevale” riconducibili al *Personenverbandstaat* (Stato per associazione di persone), ad opera delle monarchie del XV e del XVI secolo, inquadrabili nell'*institutioneller Flächenstaat* (Stato territoriale istituzionale)<sup>4</sup>, indurrà “progressivi aggiustamenti dei regimi punitivi” che – in ragione dell'indebolimento dell'autonomia della funzione penale e della messa in discussione del suo carattere negoziale – abbandoneranno il regime privatistico di risoluzione dei conflitti e le forme (di autotutela e di autodifesa proprie) della giustizia comunitaria, per confluire in un ordinamento penale verticistico<sup>5</sup>.

Se possiamo identificare nel periodo storico intercorrente fra la fine del XIII e gli inizi del XIV secolo, il momento genetico della fase di ripensamento e di riorganizzazione dello *ius puniendi*, soltanto a partire dal XV secolo vi sarà l'effettiva trasformazione del sistema penale da strumento (essenzialmente pattizio) di risoluzione di conflitti comunitari, a mezzo (coercitivo) di governo della popolazione ad opera di un unico potere egemonico. Processo che avrà la sua definitiva attuazione con l'introduzione del “penale alto, quello monopolizzato dagli apparati”<sup>6</sup> che si manifesterà più tardi – fra il XVI e il XVII secolo – con il definitivo affermarsi dello Stato giurisdizionale.

Nel quadro di queste trasformazioni, utilizziamo il termine *protectio secundum imperium* per rappresentare quel sistema coercitivo di tutele – capeggiato dal *Princeps* e composto dal corpo giuridico penale e dall'organizzazione giurisdizionale – che rielaborò il rapporto medievale di “protezione e difesa” (*Schutz und Schirm*)

---

modernità penale), in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Principio di legalità e diritto penale, Tomo I, Milano, 2007, p. 5.

<sup>2</sup> Cfr. BRUNNER, *Feudalesimo* (1958), in Id., *Per una nuova costituzionale e sociale*, Milano, 1970, pp. 75 e ss., 201. MARAVALL, *Del regimen feudal al regimen corporativo*, in *Estudios de Historia del pensamiento español*, Madrid, 1967, p. 20 ss; SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, p. 228 ss.

<sup>3</sup> Il carattere territoriale della sudditanza circoscrive l'ambito della tutela della protezione e della tutela corporale e patrimoniale garantita dal *Princeps*. Al riguardo va considerato che “si è sudditi di qualcuno *ratione domicilii, seu originis*” ovvero “*ratione feudi, rerum, contractus, officii, iurisdictionis*” e quel che più conta “*ratione delicti*”: in altri termini la “*ratione superioritatis*” ha una precisa delimitazione territoriale. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p. 228. Per approfondimenti vedi BRUNNER, *Feudalesimo* (1958), cit., p. 75 e ss.

<sup>4</sup> La distinzione concettuale è di MAYER, *I fondamenti dello Stato moderno tedesco nell'alto Medioevo* (1939), in ROTELLI-SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, Bologna, 1971, p. 21-49.

<sup>5</sup> In argomento vedi per tutti SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005, p. 164 ss., 171 ss., 178 ss.; ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, in BELLABARBA, SCHWERHOFF, ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra medioevo ed età moderna*, Bologna, 2001, p. 355 ss.

<sup>6</sup> Sul punto vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., p. 179.

in cambio di obbedienza<sup>7</sup>, tradizionalmente legato alla molteplicità di dominazioni territoriali, unificandolo e plasmandolo nel solco dell'*imperium*.

La sovranità accentrata ed unitaria (*summa potestas*) del *Princeps* significò l'eliminazione della concorrenza fra poteri che offrivano protezione (in cambio di obbedienza) e l'affermazione del modello penale monistico che spazzò via il pluralismo di sovranità, di giurisdizioni e di sistemi di giustizia che aveva contrassegnato il penale delle autonomie private sino al XIII secolo.

Nel solco del rapporto di continuità che legò le categorie politiche e giuridiche dell'impero romano all'Europa medioevale e feudale, l'offerta coercitiva monopolistica di *protectio et iustitia* legata all'affermazione di un potere sovrano unitario, si saldò al fenomeno di "*imperializzazione*" delle monarchie europee tardo medioevali, evidenziando il nesso inscindibile fra "supremo potere di comando" dell'imperatore inteso come *summa potestas*, ed il diritto di esercitarlo (*ius imperium*).

"Grazie all'incontro del modello romano dell'*absolutio legibus* con il concetto canonistico della *plenitudo potestatis*, sviluppato nel XII secolo", lo *ius imperium* incarna il potere supremo unitario, ovvero la sovranità alla base del "processo di razionalizzazione giuridica" che trasformerà la "prerogativa di comando" e di coercizione dello *ius imperium* "da potere di fatto in potere di diritto"<sup>8</sup>.

Lo *ius imperium* riconducibile direttamente alla concetto romano di *imperium*<sup>9</sup>, evocò in tal senso il diritto del *Princeps* di esercitare la *summa potestas* (ovvero il comando assoluto) "cui è inerente l'attributo della coercitività"<sup>10</sup>: il *Princeps* divenne così garante della giustizia e difensore-protettore della pace sociale attraverso la titolarità di un potere personale, che si salderà a partire dal XV secolo con lo strumento coercitivo istituzionalizzato ed organizzato su base giurisdizionale, dello *ius puniendum*<sup>11</sup>.

La *protectio secundum imperium* imposta dal *Rex-imperator* o *Princeps-dominus* segue "il deliberato programma dei re di equipararsi all'imperatore"<sup>12</sup>, vale a dire

<sup>7</sup> Così BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Wien, 1965; (trad.it.) *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, 1983, p. 369 ss.

<sup>8</sup> Così PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, p. 52.

<sup>9</sup> *L'imperium*, "nel senso del diritto romano, spettava in primo luogo all'*imperator Romanorum*", ovvero "all'Imperatore Romano-germanico": ciò significava "dover costruire il potere dell'imperatore come assoluto" e "dover costruire il potere del principe come una magistratura derivante dall'imperatore". Va considerato al riguardo, che "per i giuristi tedeschi, interessati al carattere giuridico dei Territori dei ceti imperiali, non era in questione la possibile derivazione dall'*imperium* del diritto romano, che era invece del tutto naturale per i giuristi francesi". Si esprime in questi termini BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, cit., p. 205 ss., cui si rimanda per approfondimenti.

<sup>10</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit., p. 52. Sul rapporto fra *ius imperium* e sovranità vedi per tutti CALASSO, *I glossatori e la dottrina della sovranità*, Milano, 1951, p. 91 ss.; COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, cit., p. 101 ss.; HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, Milano, 1987, p. 94 ss., 122 ss.

<sup>11</sup> Sul significato del concetto di pace e giustizia nel medioevo e sulla sua centralità anche nel pensiero cristiano vedi BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, cit., p. 41 ss.

<sup>12</sup> Sul punto vedi MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972,

il processo di imperializzazione di una monarchia che va concentrando su di sé il controllo della sovranità e della giurisdizione<sup>13</sup>.

Attraverso sovranità e giurisdizione si definiranno dapprima le distinzioni fra il diritto privato ed il diritto pubblico, poi il mutamento dell'assetto di potere verso l'alto, infine si produrrà la "dislocazione di tutti gli assi di riferimento" del precedente sistema penale territoriale-comunitario: "dalle periferie verso il centro, dal vincolo orizzontale alla soggezione verticale, dalle prassi relazionali come contesto del giudizio all'apparato come matrice di esso"<sup>14</sup>.

Ciò comportò la "radicale antitesi fra individuo e stato, fra privato e pubblico", ovvero il forte ridimensionamento di quei corpi intermedi in grado di assicurare una protezione individualizzata, funzionale cioè a garantire effettività di tutela penale e coesione del corpo sociale.

Il presidio dei corpi, del sangue e della terra che rimandava al sistema di tutele empiriche del *dominium terrae*<sup>15</sup>, sarà così rimpiazzato dal presidio dei valori astratti della *maiestas divina*, dell'*ordo religionis* e della *protectio regni* che connoterà la *protectio secundum imperium*<sup>16</sup>: il vuoto di tutele effettive, lasciato scoperto dal superamento della *protectio secundum dominium terrae* del XIII secolo<sup>17</sup>, sarà riempito dai contenuti etico-morali dell'ordine gerarchico e religioso della *protectio secundum imperium*.

Lo "Stato organico, proprio della tradizione medievale, scompare; fra lo Stato macchina e l'individuo" non c'è più alcuno strumento di raccordo.

Se la giustizia penale pluralista e negoziale dei feudi, dei comuni e dei corpi intermedi si fondava sull'appartenenza comunitaria e sulla componente identitaria, questo

---

(trad.it.) *Stato moderno e mentalità sociale*, I, Bologna, 1991, p. 299 ss.; ZELLER, *Les rois de France candidats a l'Empire. Essai sur l'idéologie impériale en France*, in *Revue Historique*, 1934, p. 257 ss.

<sup>13</sup> La cd "imperializzazione della figura del principe" fu fenomeno diffuso che coinvolse fra il XV ed XVI secolo, tutti i maggiori regni europei: in Francia, furono tre i monarchi che in successione, s'impadronirono più o meno direttamente della funzione imperiale connessa all'esercizio dello *ius imperium*. Carlo VIII ("che si fece "ritrarre con abiti ed ornamenti imperiali"), Francesco I (che cercò "di impadronirsi del titolo di imperatore") ed infine Enrico II che sostituì "la tradizionale corona regia con una presunta corona di Carlomagno". In Russia, fu Basilio III ad attribuirsi "il titolo di Czar"; in Inghilterra, Enrico VIII fece approvare dal Parlamento nel 1532 la *Act in restraint of Appeals*, "in cui dichiara l'Inghilterra un Impero e qualifica imperiale la corona"; In Spagna, "il titolo imperiale conferito ai re riappare con i Re Cattolici in più di una circostanza, e a Filippo II e perfino ai suoi successori si cerca ancora di dare questo titolo". Come in Inghilterra, anche in Spagna, "esistono dati sulla concezione imperiale della corona dei regni di Castiglia": in particolare, "le Cortes di Santa Maria de Nieva" sostengono che i Papi "confermarono a questi vostri regni libertà, dispensa e corona imperiale". Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol.I, cit, p. 299 ss.; ZELLER, *Les rois de France candidats a l'Empire. Essai sur l'idéologie impériale en France*, in *Revue Historique*, 1934, p. 257 ss.

<sup>14</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., p. 171.

<sup>15</sup> Per un approfondimento sul punto si rimanda a GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2011, p. 74 ss.

<sup>16</sup> Sulla distinzione fra *dominium*, *imperium* e *potestas* vedi BRUNNER, *Terra e potere. Strutture prestatuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, cit., p. 339 ss., 352 ss.

<sup>17</sup> Sul legame sociale costruito dalla giustizia comunitaria vedi per tutti GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 223 ss.

legame si allenterà progressivamente, con la giustizia-egemonica che sostituirà al sistema orizzontale di risoluzione dei conflitti (sistema di tutele orientate verso il basso), un organismo verticistico che controllerà e gestirà dall'alto (in via prima giurisdizionale, poi legislativa) le moltitudini, sino ad orientarne le opinioni ed i comportamenti, attraverso la minaccia penale generalizzata, veicolata da apparati burocratico-amministrativi. Sistema coercitivo di tutele, munito di sovranità territoriale e di giurisdizione unitaria che assurgerà progressivamente a rango pubblicistico-istituzionale.

1.1. Il passaggio da uno *ius dominationis* riferito al micro-territorio allo *ius imperium* significò anzitutto la dematerializzazione e desocializzazione del reato, che lasciò “uno spazio vuoto fra il sovrano” (inteso come re), ed un suddito “sempre più solo e disarmato”, man mano che il carattere sociale della giustizia negoziata del XIII secolo, cederà il passo al verticismo della giurisdizione-apparato del XVI e XVII secolo.

Mutamenti che condurranno al definitivo distacco del sistema penale da una genuina valenza comunitaria e sociale, a fronte del rilievo assorbente attribuito al potere coattivo di farsi obbedire, come fonte di legittimazione all'*imperium* dei poteri egemoni<sup>18</sup>.

I cardini dello *ius puniendum* derivante dalla *protectio secundum imperium* “ruotano intorno al nesso suddito/sovrano” che “si fonda sulla soggezione e sulla fedeltà del primo nei confronti del secondo. La soggezione come qualità del rapporto tra suddito e sovrano è colpita dalla ribellione; la fedeltà come forma superiore di obbedienza è negata dal tradimento”<sup>19</sup>.

La *protectio secundum imperium* venne così affidata ad un coacervo di reati d'obbligo, iscritti nel *topos* dell'*inoboedientia*<sup>20</sup>, della *infidelitas*<sup>21</sup> e della *rebellio*<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, p. 30.

<sup>19</sup> Così PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, (a cura di) GAMBERINI-ORLANDI, Bologna 2007, p. 74

<sup>20</sup> Il *crimen* di “inobedientia” (o *inoboedientia*) incarnò anzitutto un peccato mortale nel cui ambito l’*“inobedientia superiorum”* rappresentò il *“maximum peccatum”*: sull’*obedientia* (o *oboedientia*) – considerata “origine e culmine di *iustitia*” – era fondato l’intero sistema politico medievale, dunque il relativo obbligo venne riaffermato sia dalla legge umana che divina. Attraverso la “tecnica retorica delle equiparazioni”, venne sottolineato ed ampliato “il carattere empio e sacrilego della disobbedienza assimilandola alla apostasia, allo scisma, all’eresia, quando non addirittura alla *paganitas* ed alla idolatria”. Passando al diritto umano, il *rebellis-inobediens* “nega il suo ruolo di *subiectus*” e perciò già “mette in pericolo la *prosperitas reipublicae*, caricando questa nozione di significati complessi che racchiudono la sicurezza dello Stato, la sua tranquillità, il suo prestigio ed il suo benessere economico. Partendo dal rapporto antinomico fra “*contemptus*” ed “*obedientia*” (“*ubi contemptus est obedientia esse non potest*”), “la minaccia maggiore per la credibilità, il prestigio e la sicurezza dello stato” venne così identificata nel *contemptus principis*: ritorna in tal senso a *contrario* il tema della tutela rafforzata ed anticipata dell’*honor et dignitas* del sovrano come avamposto di presidio della pace pubblica. Sul punto vedi per tutti SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p. 134 ss., 224 ss., 276 ss. cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

<sup>21</sup> Sull’*infidelitas* vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p. 104 ss., 276 ss. cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

<sup>22</sup> Il *rebellis* è “colui che nega il suo ruolo di *subiectus* misconoscendo” implicitamente la posizio-



L'analisi dei casi di specie alla base del penale del diritto comune fra il XIV ed il XVI secolo mostra come il nucleo disvalorativo del *crimen* confluisce nel ceppo della *inoboedientia*, ignorando del tutto il profilo dell'*iniuria*: dal *contemptus principis* alla *perduellio*; dalla *rebellio civium* al *crimen coniurationis*; dal *pactio cum daemone* alla *paganitas*; dalla *idolatria* al *sacrilegium*: ad essere punito non fu un danno tangibile, né un pericolo concreto ma il mancato allineamento all'ordine precostituito, sociale culturale, sessuale e religioso che fosse<sup>23</sup>.

L'intero sistema penale viene così focalizzato nel nucleo del diritto penale politico ed attratto nell'orbita della dicotomia fedele/infedele, obbediente/disobbediente, amico/nemico; "assume così un andamento circolare: per un verso trasforma il nemico in imputato, attraverso un processo di criminalizzazione politica *primaria*, basata sulla *inoboedientia* in termini di ribellione o tradimento; per un altro verso, trasforma l'imputato in nemico, attraverso un processo di criminalizzazione secondaria basata sul trasferimento, nel *crimen laesae*, di offese comuni connotate da un minimo politico"<sup>24</sup>.

Questo "andamento circolare" alimenta incessantemente la domanda di tutela e di protezione della popolazione, massimizzando artificialmente il bisogno sociale di *protectio*: in tal senso, la *protectio secundum imperium* offrirà (*rectius*, imporrà) protezione contro minacce che lo stesso potere egemonico contribuirà a produrre<sup>25</sup>.

Lo *ius puniendi* egemonico non si limiterà quindi ad assolvere ad una funzione di repressione/prevenzione dei conflitti sociali e di punizione dei delitti, funzionale ad una tutela risarcitoria/riparatoria e quindi di tipo satisfattorio, ma si trasformerà progressivamente in mezzo di governo del territorio e di orientamento disciplinato ed ordinato della moltitudine che avrà come tratto distintivo l'imposizione di una *protectio* generalizzata, cui farà da contraltare una (pure generalizzata) richiesta di obbedienza<sup>26</sup>.

Il ventaglio delle incriminazioni – calibrato verso obiettivi di prevenzione generale – si allargherà progressivamente, sino ad assumere "colorazioni pedagogico-

---

ne di supremazia e di potere "di colui che è chiamato a dominarlo" Così SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p. 267 ss., 272.

<sup>23</sup> Sul punto vedi MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988 p. 22. Alla base del sistema penale orientato alla *protectio secundum imperium*, vi fu dunque l'"equazione *rebellis-inobediens*". Al riguardo cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 136 ss., 270 ss.

<sup>24</sup> Così PADOVANI, *Il nemico politico e il suo delitto*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 74.

<sup>25</sup> Sul punto vedi PORTINARO, *Stato*, cit., p. 49.

<sup>26</sup> Il tema della "disciplina, nella sua duplice funzione di attitudine all'obbedienza da parte del soggetto e di capacità di esercitare il comando da parte dell'autorità" costituisce un nodo strategico per la progressiva costruzione di quel governo accentrato dei territori che darà origine al moderno concetto di Stato. Sul punto vedi PORTINARO, *Stato*, cit., p. 80; SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in AA.VV., *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, p. 21 ss.

moralistiche” che condurranno all’identificazione fra *crimen* e *peccatum*, nell’alveo di un “generale processo di disciplinamento della società” che sin dal XIV secolo sposterà il baricentro della *protectio* verso motivi metagiuridici, svuotandola dei contenuti di una tutela dotata di effettività e concretezza, in quanto tarata sulla materialità dei reati<sup>27</sup>.

Lo *ius puniendi* rinuncia progressivamente ad essere strumento di giustizia e garanzia di pace sociale, o meglio subordina il perseguimento della giustizia al mantenimento ed al consolidamento dell’*imperium*; sino a ribaltare la sua *ratio essendi* di uso della forza finalizzato al ristabilimento dell’ordine e della pace. La costruzione di *crimen* astratti ed eticizzanti porterà a sanzionare comportamenti inoffensivi, in funzione di allargamento dell’area del controllo e della dominazione sociale<sup>28</sup>.

“La teoria della sovranità” muterà “col tempo il suo baricentro”: non sarà più “il potere legittimo di fare le leggi, ma il potere reale coattivo di farsi obbedire, attraverso il monopolio della forza o della coazione fisica; sovrano è il potere di fatto, e la sua legittimità dipende solo dalla sua effettività, perché *oboedientia facit imperantem*”<sup>29</sup>.

L’analisi di una protezione dell’obbedienza che viene monopolizzata e piegata alle finalità politiche del monarca, consente di verificare il ruolo trainante della forza coercitiva dell’*imperium* che, accentrando il controllo della *iurisdictio*, troverà nello *ius puniendi* e nella gestione della giustizia penale la sua giustificazione.

Nell’analizzare i rapporti fra diritto penale e potere politico e nell’identificare nella “sovranità”, “il problema centrale del diritto nelle società occidentali”, autorevole dottrina evidenzia come “sin dal medioevo, l’elaborazione del pensiero giuridico” sia stata “fatta essenzialmente intorno al potere reale”: più precisamente “il diritto in Occidente” sarebbe “un diritto commissionato dal re”; “su domanda del potere reale” ed “a suo profitto”, come “strumento” e “giustificazione” di un sistema di dominazione strutturato sull’obbedienza<sup>30</sup>.

“Dire che quello della sovranità è il problema centrale del diritto nelle società occidentali, vuol dire che il discorso e la tecnica del diritto hanno avuto essenzialmente la funzione di dissolvere, all’interno del potere, il fatto storico della dominazione e di far apparire due cose, al posto di una dominazione che si cercava di ridurre o mascherare: da un lato, i diritti legittimi della sovranità; dall’altro, l’obbligazione legale all’obbedienza. Se il sistema del diritto è interamente centrato sul re, è necessario eliminare il fatto della dominazione e le sue conseguenze”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 180.

<sup>28</sup> Sul punto vedi PORTINARO, *Stato*, cit., p. 49.

<sup>29</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 30.

<sup>30</sup> Così FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, (a cura di) BERTANI-FONTANA, Milano, 2009, p.

30 ss.

<sup>31</sup> Così FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., p. 30 e 31.



Queste conclusioni derivano da un particolare approccio al problema del potere sovrano alla base dello *ius puniendi*, analizzato non “dal lato di una legittimità da stabilire”, ma a partire dalle “procedure di assoggettamento che mette in opera”: in tale prospettiva, non si analizza il rapporto fra sovranità ed obbedienza, quanto il “problema della dominazione e dell’assoggettamento” attuati attraverso il diritto penale. Diritto inteso non in quanto norma in senso stretto, ma in quanto “insieme di apparati, istituzioni, regolamenti che applicano il diritto”<sup>32</sup>.

Lo *Ius imperium* si proietterà e si stabilizzerà nello *ius puniendi* attraverso la progressiva costruzione di istituzioni, ordinamenti e categorie giuridiche a supporto della *summa potestas* che gradatamente trasformeranno in tutta Europa il potere personalistico del *Princeps*, nelle strutture gerarchicamente ordinate e territorialmente organizzate alla base dello Stato giurisdizionale.

Attraverso la *iurisdictio*, espressione di una sovranità centralizzata ed unitaria, si costruiranno “efficaci agenzie di protezione universalistica delle popolazioni” in grado di mettere in atto “politiche coercitive, rivolte all’interno ed all’esterno e regolanti processi d’inclusione e di esclusione” sociale<sup>33</sup>, che progressivamente confluiranno nella capillare rete burocratico-amministrativa dello Stato-nazione.

Da quel momento il processo penale si trasformerà in “macchina per produrre giustizia” ed insieme “manifestazione dell’assoluto potere del principe”<sup>34</sup>.

2. Nel sostenere la sussistenza di forme di garantismo penale nelle società tardo-medievali, autorevoli interpretazioni storiografiche sottolineano “gli spazi di libertà assicurati dal pluralismo dei fori, dei poteri, delle norme”<sup>35</sup> ed alimentati dal carattere pattizio del sistema penale del XII e XIII secolo<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Così FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., p. 30 e 31.

<sup>33</sup> Sul punto vedi PORTINARO, *Stato*, cit., p. 49.

<sup>34</sup> Cfr. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 177.

<sup>35</sup> Sostengono da ultimo questa impostazione ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Principio di legalità e diritto penale, Tomo I, Milano, 2007, p. 51; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 223 ss.; PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, p. 10 ss.; ricollegandosi all'autorevole dottrina che evidenziò come all'interno della giustizia penale negoziata e “nella realtà della faida” si radichi “molto di quella libertà” che sarà poi compromessa dalla giustizia penale giurisdizionale e d'apparato. Così BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 196; ID., *Zum Problem der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, in *Zeitschrift für Nationalökonomie* 7, 1936, p. 671-685. SCHIERA, Introduzione a BRUNNER, *Terra e potere*, cit., XXVIII. Sul piano di un'analisi più specifica sul rilievo penale di tale assunto vedi SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998, p. 231 ss.; ID., *Giustizia criminale*, cit., p. 164 ss. e 167 ss. Sulla struttura pluralista del governo del territorio e la frammentazione dei poteri d'imperium vedi per tutti FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005, p. 6 ss.

<sup>36</sup> Sul punto vedi diffusamente SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 231 ss.; ID., *Giustizia criminale*, cit., p. 165.

Nella struttura di governo comunale e feudale, il “moltiplicarsi delle *iurisdictiones*” sarà corrispondente e speculare al “moltiplicarsi delle autonomie”<sup>37</sup>: il pluralismo sarà promosso e garantito da una sovranità parcellizzata e diffusa nella società “attraverso molti centri di potere ordinati gerarchicamente, ciascuno sovrano nell’ambito assegnatogli dal diritto” e dalla forza<sup>38</sup>.

“*Civitates, castra, burgi, villae, collegii ecclesiastici, collegii professionali*” condurranno ad “un sentito e realizzato pluralismo giuridico”,<sup>39</sup> cui si legherà la forte vocazione comunitaria e sociale del diritto penale: “grazie all’assenza di un soggetto politico forte, la dimensione giuridica mantiene intatta la sua libertà di azione, giacché il suo vincolo sicuro è con il sociale, il suo carattere è di espressione fedele di una società e di una cultura”<sup>40</sup>.

La frammentazione del potere sovrano fu il comun denominatore della forte connotazione sociale e dell’autonomia privata del sistema penale<sup>41</sup>, nella misura in cui impedì l’“unità territoriale dello Stato”, la costruzione di un ordinamento penale unitario e di un apparato giurisdizionale verticistico, strutturato ed organizzato in aree geografiche allargate<sup>42</sup>.

Da ciò derivò il ruolo predominante dell’autonomia privata nell’attivazione e nella definizione di procedure riparatorie e risarcitorie dell’*iniuria*<sup>43</sup>, ma anche l’elasticità e l’indeterminatezza di un corpo penale disomogeneo che, arroccato nella dimensione angusta e tribale della micro-territorialità, condizionò negativamente applicazione ed esecuzione della pena.

Il concetto di *lex*, come “comando imperativo tendenzialmente fornito di sanzione”, pur “presente nell’esperienza politica altomedievale”<sup>44</sup>, risultò correlato – più che alla dimensione normativa del rispetto di leggi emanate da un potere

<sup>37</sup> Così GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 199, p. 223 ss. cui si rimanda per approfondimenti.

<sup>38</sup> In questo senso, la giustizia penale pattizia fu espressione della struttura di potere comunale e feudale, costruita su “un complicato intreccio dei diritti di sovranità dei diversi signori nei vari paesi” Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 17.

<sup>39</sup> Vedi al riguardo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 199 ss., p. 226 ss.

<sup>40</sup> Così GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 23.

<sup>41</sup> Vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., p. 166.

<sup>42</sup> Sul punto vedi MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 15 ss.

<sup>43</sup> Nella “prima fase dell’esperienza cittadina medievale, ovvero tra XI e XIII secolo”, i conflitti vennero demandati alla ricomposizione faidale o alla “vendetta della vittima”, “un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione”: un vero e proprio diritto, specie se riferito a crimini rilevanti. Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., p. 164. Al riguardo vedi SCHIERA, *Introduzione a BRUNNER, Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale*, cit., XXIV ss.

<sup>44</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, cit., p. 43. Vedi sul punto PADOA SCHIOPPA, *Aspetti della giustizia altomedievale in Italia ed Europa nella storia del diritto*, in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, p. 72; SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 164 ss.

legittimo ed unitario in forma scritta – ad un sistema gerarchico cristallizzato in rapporti di forze inamovibili, che rimandava ad un “più generale ordine naturale e religioso”<sup>45</sup>.

Fu l’*ordo* gerarchico, incanalato dallo *ius dominationis* nel solco della “relazione comando/obbedienza”<sup>46</sup>, a plasmare fra il XII ed il XIII secolo lo *ius puniendi* ed a tratteggiare i contorni della giustizia penale negoziata, di estrazione privatistica<sup>47</sup>: sistema di protezione coercitiva costruita su “legami gentilizi o tribali” e su forme sinallagmatiche di tutela-dominazione ricollegabili a strumenti negoziali.

Forme giuridiche pre-moderne di ricomposizione dei conflitti che miravano a ristabilire legami individuali e di gruppo fondate su regole rituali e consuetudinarie, attuate attraverso mezzi violenti e coercitivi di difesa e di vendetta, finalizzate alla reintegrazione delle offese ed al ristabilimento della pace comunitaria.

La natura sostanzialmente privatistica del diritto penale derivò quindi da un sistema politico non istituzionalizzato, né normativizzato, retto da relazioni “di potere personali e privati, basati su un rapporto sinallagmatico e contrattuale”<sup>48</sup> che veniva rotto dal *crimen* e dalla *iniuria*.

A fronte di una siffatta conformazione del potere politico e giuridico, tra XI e XIII secolo, la gestione familistica e comunitaria della giustizia criminale vide nel sistema feudale e nella “vendetta della vittima, o del suo *entourage*”, “un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione”<sup>49</sup>.

Nella mentalità e nel costume dell’epoca (prima ancora che nell’uso giuridico), fu radicata la “convinzione che i crimini che colpiscono le persone – nella vita, nell’incolumità, nei beni, nell’onore – sono affare privato, da sbrigare tra gli interessati, coinvolgendo famiglie e amici se necessario, ma non i poteri pubblici”<sup>50</sup>: le procedure atte a ristabilire il diritto e la pace rivestirono di fatto carattere personale, tanto che oltre al “diritto di faida” ed alla vendetta, fu previsto il “diritto di resistenza” e “la ribellione o la rivolta al superiore, quando si riteneva che avesse violato il diritto”<sup>51</sup>.

Giustizia penale negoziata, ricomposizione pattizia dell’offesa, vendette e faide private evidenziarono che lo Stato-*Princeps*, ancora sino alla metà del XIV secolo, non era strutturato in maniera tale da esercitare un “monopolio di impiego legittimo del potere”<sup>52</sup>.

Signorie e potentati locali, “mediatori e pacieri vengono messi all’opera perché la lacerazione indotta da un delitto venga sanata con reintegrazioni e risarcimenti,

<sup>45</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, cit., p. 45.

<sup>46</sup> Così ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 46.

<sup>47</sup> Sul punto vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 165.

<sup>48</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 17.

<sup>49</sup> Vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 164 e 165.

<sup>50</sup> Vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 164 e 165.

<sup>51</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 17.

<sup>52</sup> Sul punto vedi MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, p. 15 ss.

con scambi, indennizzi e ricompense”<sup>53</sup>: si crearono per questo verso, strutture di potere concorrenti e contrapposte alla monarchia ed all’impero, forme di sottogoverno non disciplinate dall’alto che si autoregolamentavano, corpi intermedi di raccordo fra centro e periferia del regno: forze eterogenee che provvedevano in via autonoma, oppure raccordandosi l’un l’altra, al mantenimento della pace ed della convivenza pacifica della popolazione<sup>54</sup>.

2.1. Lo *ius puniendi* sorretto dall’ordine gerarchico cetuale e dal sistema di potere feudale e comunale, ebbe come baricentro la “terra ed il diritto territoriale”<sup>55</sup> e come finalità la difesa (rectius, la *protectio*) dei corpi, del sangue e della terra.

Sistema di giustizia penale scarno ed essenziale, con finalità eminentemente pratiche, scevro da intromissioni e condizionamenti di poteri sovraordinati, di apparati giurisdizionali e corporativismi: un universo lontano dalla successiva pretesa del diritto positivo di “normare tutta la vita sociale, permeando tutti gli aspetti della vita umana e togliendo alla società quel respiro, necessario alla sua sopravvivenza”<sup>56</sup>.

Nonostante l’innegabile brutalità delle procedure e delle pene sommariamente inflitte, nella giustizia negoziata del XII e del XIII secolo e nel sistema feudale, la costruzione del *crimen* e del suo disvalore sociale non fu toccata dall’esercizio di un potere esterno (del monarca o dell’imperatore ovvero dal più moderno dominio statale inteso come *Herrschaft*), che entrerà marginalmente nel regime privatistico dei conflitti territoriali: il “delitto è in primo luogo un’offesa (*inuria*)” tangibile e concreta alla comunità ed ai suoi membri, che esige una riparazione piuttosto che una punizione o un giudizio etico-morale.

La giustizia penale negoziata e le micro-giurisdizioni territoriali fornirono in tal senso alla pena ed al reato tangibilità e concretezza garantita dal raccordo fra giustizia astratta e corpi intermedi che la veicolavano secondo percorsi orizzontali, piuttosto che verticali: la tangibilità delle offese sanzionate sarà retta dal peso specifico della loro incidenza concreta nella vita della comunità.

Spirito comunitario e radicamento territoriale: questi saranno i caratteri dominanti della giustizia penale sino al XIII secolo, fino a quando cioè i signori ed i

<sup>53</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 165.

<sup>54</sup> La pace e la tranquillità della comunità sono valori racchiusi nella formula “*Friede und Gemach*” adoperata con frequenza “nei documenti del tardo Medioevo” in lingua tedesca. Il termine *Friede* si ricongiunge al significato cristiano della *pax*, che unisce i territori dell’Europa continentale “nell’ordine politico religioso della *Respublica Christiana*”: la *pax* è “sinonimo non solo di *caritas* (*Minne*) e *tranquillitas* (*Gemach*) ma anche di *securitas* (*Sicherheit*) e soprattutto di *Iustitia* (*Gerechtigkeit*)”. Al riguardo vedi da ultimo DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, cit., p. 37 ss., 43 ss., 46 ss. Il “*Friede und Gemach*” richiama d’altra parte i concetti di amicizia e di libertà, nella misura in cui il termine tedesco *Friede* “appartiene etimologicamente alla stessa radice di amico (*Freund*) e di libero (*frei*)”. Per approfondimenti cfr. BRUNNER, *op. ult. cit.*, p. 30, con riferimento alla nota 52, e p. 31 nota 53.

<sup>55</sup> Cfr. SCHIERA, *Introduzione a* BRUNNER, *Terra e potere*, cit., XXIV ss.

<sup>56</sup> Così PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, p. 10.

corpi cetuali locali, garanti della pace e giudici delle offese, condivideranno con gli offesi (ed in parte con gli offensori) connotazione identitaria e origini territoriali.

La pena, rapportata ad una *iniuria* empirica, venne parametrata su elementi tangibili piuttosto che metafisici poiché occorre riparare e reintegrare il torto subito. Non interessava disciplinare i comportamenti oltre lo stretto indispensabile alla convivenza ordinata e pacifica, sebbene la struttura gerarchica del sistema territoriale tendeva a rendere i sottoposti (contadini innanzitutto) docili al comando ed inclini all'obbedienza dei superiori e dei signori locali.

Il "molle Stato dell'autodifesa"<sup>57</sup> non contaminò dunque la funzione retributivo-satisfattoria della pena con *crimen* eticizzanti a presidio di valori astratti, trascendentali e metafisici, lontani cioè dalla difesa della carne, del sangue e della terra: la sostituzione delle micro-sovraneità frammentate a vantaggio di una sovraneità centralizzata fu all'origine della progressiva astrattizzazione del reato, poiché spezzerà "quella serie infinita di mediazioni, in cui si articolava nel Medio-evo il potere", conducendo alla progressiva de-socializzazione dell'impianto penale.

La essenzialità del sistema penale territoriale d'impronta negoziale s'evidenzia nella funzione della pena irrogata dalle micro-giurisdizioni locali, essenzialmente satisfattoria: così come fu la soddisfazione, intesa come sintesi di "elementi morali e materiali", "movente e fine della vendetta". Eppure la soddisfazione, "coefficiente strategico del penale delle origini", fu per paradosso pure "alle origini stesse della crisi tardo-medievale della vendetta, intesa come pratica ordinaria di giustizia"<sup>58</sup>.

La diffusione della vendetta privata eccitò ed esasperò gli spazi di libertà della giustizia penale negoziata, inducendo "disordini", misconoscendo "norme", eludendo "poteri", svalutando "autorità"<sup>59</sup>: sarà quindi contrastata con divieti sempre più tassativi sia dalla monarchia, che dall'impero; a differenza della faida che come vedremo, si ritaglierà "una funzione di lunga durata nel governo delle ostilità persistenti"<sup>60</sup>.

Se la giustizia penale di stampo localistico e negoziale ebbe il merito di rinsaldare il legame fra giustizia e corpo sociale, garantendo un rapporto diretto fra corpo giudicante e giudicati, ed un nesso immediato fra danno e sanzione, offesa e riparazione, l'altra faccia della medaglia furono gli arbitri e le perduranti inerzie delle corti e delle giurisdizioni locali, la brutalità e la incontrollabilità delle vendette e delle faide, il controllo insufficiente della criminalità, che non garantì un'efficace repressione, né tantomeno la prevenzione dei *delicta*.

Il *Land*, i comuni, i feudi e le città tardo medioevali conobbero "una larga zona di arbitrio, di autodifesa e violenza" i cui confini di legittimità e di illegalità non furono facilmente distinguibili a tutto il XV secolo<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> L'espressione è di BRUNNER, *op. cit.*, p. 149.

<sup>58</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 165.

<sup>59</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 164 e 165.

<sup>60</sup> L'espressione è di SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 164 e 165.

<sup>61</sup> Così BRUNNER, *op. ult. cit.*, p. 327 e 328.

Le micro-giurisdizioni penali d'altra parte scontarono l'indeterminatezza ed in alcuni casi l'inesistenza di norme scritte, unita alla mancanza di indirizzi interpretativi consolidati che favorirono interpretazioni arbitrarie improntate ad esigenze pratiche ovvero in altri casi, perduranti inerzie.

In generale, la giustizia territoriale e negoziale evidenziò una generale caoticità ed incertezza nell'applicazione e nell'irrogazione della pena, che lasciò reati e sanzioni preda di una indifferenziata indeterminatezza che condusse alla sostanziale coincidenza fra "pena di morte, perdita della pace e" messa al "bando"<sup>62</sup>.

3. Gli spazi di autonomia e di libertà della "*Herrschaft* medievale" del XII e XIII secolo<sup>63</sup> vanno valutati come significativi, nell'ottica del confronto con l'esperienza penale successiva, parametrando cioè con la progressiva restrizione dell'autonomia privata derivante dalla giurisdizione penale unitaria e dall'allargamento del bacino dell'offerta monopolistica di protezione, condizionata all'obbedienza.

Ciò non consente tuttavia di attribuire patenti di garantismo alla giustizia penale localistica del XII e del XIII secolo, né tantomeno di considerarla attenta alla tutela dei diritti e delle libertà individuali, tutt'altro; incasellata nel sinallagma medioevale della protezione in cambio di sottomissione ed obbedienza, essa presentò vistose linee di continuità con la giustizia penale del XIV e XV secolo.

Gradi e forme di protezione e di tutela della popolazione, sottratti ad un potere centrale, furono demandati nel *Land* germanico tardo-medioevale ad accordi di carattere privatistico e costruiti su un coacervo di regole d'origine consuetudinaria, non sempre coerenti fra loro, in alcuni casi redatte per iscritto, che sfociarono nei cd. "contratti di dominazione"<sup>64</sup>, nei quale v'è sostanziale coincidenza fra "*Land e populus*"<sup>65</sup>. Da tale processo di immedesimazione organica deriva l'autorevole "definizione complessiva ed originaria di *Land*" come "associazione di persone che coltivano la terra e dominano sulla terra" e "della signoria (*Herrschaft*), come base costitutiva del *Land*"<sup>66</sup>.

Terra che richiama una accezione molto ampia, "quasi antropologica" del "*Land*", inteso come *Territorium*, che connota molteplici ambiti di potere esclusivo e coercitivo cui corrisponderanno differenti gradi e forme di *protectio*<sup>67</sup>.

Il *Land* germanico tardo-medioevale del XII e XIII secolo "in senso pieno e originario fu una consociazione (*Genossenschaft*)"<sup>68</sup> votata alla pace territoriale<sup>69</sup>,

<sup>62</sup> Così BRUNNER, *op. ult. cit.*, p. 326.

<sup>63</sup> Sul punto vedi BRUNNER, *Zum Problem der Sozial-und Wirtschaftsgeschichte*, in *Zeitschrift für Nationalökonomie*, p. 673 ss.

<sup>64</sup> Cfr FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 5.

<sup>65</sup> Cfr. SCHIERA, *Introduzione* a BRUNNER, *Terra e potere*, cit., XXIV ss.

<sup>66</sup> Sul punto vedi SCHIERA, *op. ult. cit.*, XXX ss.

<sup>67</sup> Cfr. SCHIERA, *op. ult. cit.*, XXIV ss.

<sup>68</sup> Così BRUNNER, *op. ult. cit.*, p. 325.

<sup>69</sup> Sulla centralità del concetto di pace e di sicurezza nella storia medioevale vedi per tutti MIGLIO, *Guerra, pace, diritto. Una ipotesi generale sulle regolarità del ciclo politico* in *Della guerra*, Venezia, 1982, p. 37 ss.



garantita dal regime dello “*Schutz und Schirm*” (protezione e difesa) che, nella dimensione localistica della signoria terriera, si legò alla dimensione comunitaria e pre-giuridica del “*Rat und Hilfe*” (consiglio ed aiuto).

Il signore territoriale offriva “protezione e difesa” (“*Schutz und Schirm*”) al *subditus*, ricevendone in cambio “consiglio e aiuto” (“*Rat und Hilfe*”)<sup>70</sup>: la relazione fra lo *Schutz und Schirm* ed il *Rat und Hilfe* è promossa dai signori locali (signori della terra, “*dominus terrae*”) e presidiata da usi consuetudinari di tipo penale che sanzionano disobbedienze e ribellioni, in funzione dell’ottemperanza ad un preciso ordine gerarchico.

La violazione del diritto s’iscrisse nella sospensione o nella rottura definitiva di questo patto di protezione: se il *dominus terrae* “impone e mantiene la pace”, chi trasgredisce le leggi fondamentali della collettività è considerato “violatore della pace del territorio e perciò privo della pace e fuori dal diritto”. Il “violatore del diritto” diviene pertanto nemico sia del signore locale (garante dell’*ordo*) che della collettività, perdendo la protezione “o direttamente nei fatti” o attraverso una solenne pronuncia<sup>71</sup>.

La perdita della *protectio* equivale ad una condanna a morte, poiché il suddito è messo fuori dalla comunità: privato di protezione il *subditus* “non potrebbe neppure esistere”, né avrebbe concrete possibilità di sopravvivenza<sup>72</sup>.

La protezione (del sottoposto da parte del signore territoriale) non rappresentò quindi una libera scelta, un’eventualità o un accidente, né “qualcosa di episodico o facoltativo”, fu un presupposto necessario ed ineludibile dell’esistenza: non solo la pace e la tranquillità, ma la stessa vita dipendevano dalla *protectio* di un superiore gerarchico, dotato di uso delle armi e di potere.

In ragione della protezione, il protettore assurge a *dominus* ed i protetti “sono soggetti al suo potere ed al suo comando”<sup>73</sup>. “*Dominium quoad protectionem*” che fra il XII ed il XIII secolo s’incorporò nella persona del “*princeps terrae*” e del “*dominus terrae*”<sup>74</sup>, mentre successivamente si trasformò<sup>75</sup> nel “*dominium quoad protectionem et iurisdictionem*”<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Così BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 369 ss.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>72</sup> *Ib.*, p. 372.

<sup>73</sup> *Ib.*, p. 361.

<sup>74</sup> *Ib.*, p. 231.

<sup>75</sup> Già nella prassi del tardo Impero, e poi con ogni evidenza nell’alto Medioevo germanico, il *dominium* fondiario (con il sistema dei diritti reali che gli ruotava intorno) si frantumò di fronte ad una nuova situazione socio-economica, ambientale, istituzionale. Sul punto vedi FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l’opinion des Ultramontani)*, in *Fata iuris Romani. Etudes d’histoire du droit*, Leyde 1974, pp. 250-251; MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe siècles dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier 1908, pp. 409-461.

<sup>76</sup> Sul punto vedi per tutti CALASSO, *I glossatori*, cit., p. 91 n. 25. Più recentemente DI MARTINO, *Il*

L'*iniuria* decretò l'interruzione (ovvero una vertenza riconponibile) o la fine della protezione e della pace; dall'offesa derivò in ogni caso l'inimicizia ovvero "la perdita della benevolenza del paese, della pace territoriale e l'espulsione del malfattore dalla comunità di diritto del *Land*"<sup>77</sup>.

La giustizia penale pattizia fu rigidamente classista: il rispetto delle gerarchie precluse ogni forma di autodifesa ai contadini tanto che "fra i contadini" non poté esserci "né faida, né inimicizia"<sup>78</sup>; il "pieno diritto di faida" fu limitato alla nobiltà, consistendo nella "faida cavalleresca (*Ritterfehde*)"<sup>79</sup> riservata in via esclusiva ai ceti cavallereschi" ossia "agli idonei alle armi"<sup>80</sup>.

"Per i contadini ed i cittadini che erano vincolati da legami consociativi o signorili o che erano sottoposti all'autorità signorile, la faida venne ristretta alla vendetta di sangue" che "poco a poco venne sostituita dalla giurisdizione criminale"<sup>81</sup>.

"Compito del signore" fu quello "di proteggere e difendere di fronte ad un tribunale o in un caso di faida": il *dominus terrae* era l'unico soggetto legittimato ad esercitare i propri diritti, nei quali rientravano "anche di quelli dei suoi sottoposti"<sup>82</sup>.

La protezione del *dominus terrae* implicò fedeltà ed obbedienza, laddove la fedeltà "è qualcosa che va oltre l'obbedienza" perché implica un'amicizia ed una benevolenza che strutturata sul rapporto padrone-suddito, significa devozione e sottomissione incondizionata e benevola.<sup>83</sup>

Tutti questi elementi evidenziano come fra il XII ed il XIII secolo, fosse centrale il legame organico fra *protectio* e mantenimento dell'*ordo*, tutela del protettore e sottomissione del protetto; il sistema della protezione in cambio di obbedienza non aveva alternative praticabili, derivando dall'estrema vulnerabilità della condizione dei sudditi e dalla violabilità dei loro beni individuali fondamentali, integrità corporale e mezzi basilari di sostentamento anzitutto.

Vulnerabilità e violabilità interna ed esterna, ovvero rapportata sia a nemici esterni intesi come invasori del territorio che a nemici interni: distinzione che segue il dualismo fra la guerra portata nel territorio da nemici esterni e la faida ovvero la contrapposizione interna.

È proprio il dualismo fra guerra esterna (che da *fuori* minaccia il territorio) e guerra interna (quella che nasce *dentro la comunità*) a segnalare l'importanza

---

*territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, cit., p. 69 ss.

<sup>77</sup> Così BRUNNER, *op. ult.cit.*, p. 326.

<sup>78</sup> *Ib.*, p. 374.

<sup>79</sup> *Ib.*, p. 26.

<sup>80</sup> *Ib.*, p. 374.

<sup>81</sup> *Ib.*, p. 26.

<sup>82</sup> *Ib.*, p. 372.

<sup>83</sup> *Ib.*, p. 366 ss.

che la giustizia penale comunitaria attribuì alla differenza fra soggetto intraneo ed estraneo.

3.1. Lo *ius puniendi* comunitario e pattizio del XII e del XIII secolo mirò a tutelare anzitutto la pace interna, domestica e micro territoriale, attraverso un sistema di autodifesa e di autotutela che ebbe alla base i “membri della stirpe (*Sippengenos-sen*)”, gli intranei ovvero “gli amici”, da contrapporre agli estranei, gli aggressori esterni, i nemici<sup>84</sup>.

Si privilegiò in tal senso un regime di autodifesa allargato, che includeva i legami dell'appartenenza territoriale, dell'estrazione familiare e comunitaria, fondandosi sull'amicizia contrapposta all'inimicizia, sull'inclusione sociale contrapposta all'esclusione dal gruppo: gli appartenenti alla comunità ovvero gli intranei, “fossero pure gli ultimi per condizioni e rango”, furono inclusi nella protezione del *dominus*<sup>85</sup>.

Ciò significò anzitutto la difesa armata del territorio contro gli estranei, “forestieri, vagabondi, i *sans aveu*, a cui furono parificati quelli che, pur membri della comunità” avevano posto in essere atti criminali ed ostili. Banditi, delinquenti abituali, “latrones, incendiari ma anche *disturbers*, ritenuti incorreggibili o devianti avvertiti come pericolosi”<sup>86</sup>.

Se la pace territoriale rappresentò “la situazione propria del diritto inviolato ed illeso” ovvero l'assenza di *iniuria*, la giustizia penale comunitaria intervenne per ristabilire la pace violata, ed offrire *protectio* coercitiva al membro della comunità offeso.

La giustizia penale si avvale quindi della “connessione fondamentale fra pace, protezione ed aiuto” finalizzata a prevenire, a contenere o a ripianare l'offesa<sup>87</sup>, usufruendo dei margini di autonomia propri di un sistema di protezione che maturava in un contesto comunitario, fatto di gruppi familiari e locali.

Il penale comunitario e negoziale fu quindi espressione di “un'associazione umana” ristretta ed omogenea (fatte salve le differenze gerarchiche e cetuali), composta di membri “liberi nei confronti del mondo esterno”<sup>88</sup>.

Chi violava la serenità territoriale senza averne legittimazione, veniva “privato della pace, bandito”, diventando automaticamente nemico, “*vagr*”, lupo come dicono le fonti franche e nordiche”<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> In questo sistema, “la casa rappresentò il luogo della pace speciale”, una “*Freiung*” (Zona franca) al riparo da ogni violenza e faida; la “cerchia dei consanguinei, cioè la stirpe” definì, “accanto alla casa, il più antico e naturale vincolo di pace” e di protezione: la “casa e stirpe costituiscono una durevole unione di pace, in cui non è possibile la faida a meno di distruggere l'unione stessa”. BRUNNER, *op. ult.cit.*, p. 29, 358.

<sup>85</sup> Sul punto vedi BRUNNER, *Zum Problem der Sozial-und Wirtschaftsgeschichte, in Zeitschrift für Nationalökonomie*, p. 677 ss.

<sup>86</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 165 e 166.

<sup>87</sup> *Ib.*, p. 31.

<sup>88</sup> *Ib.*, p. 30.

<sup>89</sup> Così BRUNNER, *Terra e potere*, p. 45.

Se la faida rappresentò un legittimo esercizio di autodifesa che incrinava la pace della comunità per un ristretto arco temporale ed in maniera relativa (nella misura in cui restringeva la lotta ad “offensore ed offeso”), la assoluta privazione della pace da parte di azioni ostili o reati contro la consociazione territoriale “estrometteva il bandito dalla comunità di pace”, attraverso la procedura della messa al “bando”: il bando significava “essere privato della pace” ovvero divenire “nemico della comunità”. Condizione che espose il bandito “all’odio attivo (*Neidingswerke*), alle pene di morte di carattere sacrale, nelle quali la collettività minacciata nei fondamenti della sua esistenza interviene direttamente”<sup>90</sup>.

Quale “bestia feroce” e lupo solitario, il bandito veniva trattato come un “pericolosissimo nemico” del gruppo, poteva esser catturato ed “impunemente ucciso”<sup>91</sup>.

Furono per lo più gli estranei al territorio, in quanto stranieri alla comunità o quali soggetti esclusi dalla cerchia sociale, per appartenenza o per scelta di vita, a rappresentare gli “*intractabiles*”, ovvero le personalità pericolose e nocive per la pace e la quiete della comunità, da sottoporre “a sommarie procedure pubbliche, sovente espeditive, finalizzate alla pena e dettate da spirito eliminativo”<sup>92</sup>.

Lo *ius puniendi* assunse in tal senso dimensione tribale piuttosto che politica e sociale e, confinata ad una gestione pattizia dell’ordine, restò al di fuori delle logiche e delle liturgie del potere centrale, sviluppando i motivi di una giustizia penale “comunitaria”, costruita su un sistema di protezione (identitario ed inclusivo) radicalizzato nella contrapposizione fra intraneo ed estraneo, presupposto della distinzione fra amico e nemico.

In tal senso fu prevalente il modello informale pregiuridico del “*Rat und Hilfe*”, ricollegabile ad una giustizia penale ricompositiva ed comunitaria, su quello, incline alla logica autoritaria dell’obbedienza, dello “*Schutz und Schirm*”<sup>93</sup>.

La *protectio ratione feudi*<sup>94</sup>, propria delle micro-sovraneità locali e tarata sull’appartenenza territoriale, fu strutturata sul carattere comunitario della giustizia penale: in ciò va colta la discontinuità con la *protectio* dell’obbedienza *ratione superioritatis*<sup>95</sup> alla base del modello della *protectio secundum imperium*, che disconosce la funzione sociale della giustizia penale per trasformarla in centro e fonte di legittimazione del potere monarchico.

<sup>90</sup> *Ib.*, p. 45.

<sup>91</sup> *Ib.*, p. 45 e 46.

<sup>92</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 166.

<sup>93</sup> Così BRUNNER, *op. cit.*, p. 30 e 31.

<sup>94</sup> Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 228. Per approfondimenti vedi BRUNNER, *Feudalesimo* (1958), cit., p. 75 e ss.

<sup>95</sup> L’affermazione di un unico ed incontrastato potere territoriale, radica il dominio del monarca “*ratione superioritatis*” su ogni altro potere. Cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 228 ss.

A differenza del potere sovraordinato che a partire dal XV secolo, offrirà protezione organizzata in cambio di obbedienza incondizionata (protezione verticale e tutelata orientata dall'alto), qui la protezione ha carattere cetuale e comunitario: una "*protectio inter pares*", orizzontale e paritaria nella misura in cui tende a tutelare un gruppo territoriale (e cetuale) coeso che lotta per affermare non soltanto la *pax*, ma anche la *libertas* dal potere monarchico ed imperiale.

La comunità territoriale attrae la protezione penale nell'alveo di un ordine dell'appartenenza interna, che rivendica la libertà della comunità da poteri ed intromissioni esterne ed in ragione di ciò potenzia la componente del "*Rat und Hilfe*".

I membri della comunità si prestano scambievolmente aiuto e assistenza in virtù della comune origine territoriale: il "*Rat und Hilfe*" obbliga i membri della comunità "l'uno nei confronti dell'altro", fondando "la partecipazione dei ceti all'amministrazione del territorio"; il legame comunitario dell'appartenenza è il collante tribale che tiene unita la consociazione territoriale, assurgendo a carattere predominante e fondante della *pax* locale, che rende secondari i temi dell'"organizzazione della giustizia, delle procedure giudiziali, dei tribunali"<sup>96</sup>.

Ristretti al presidio della vita, della proprietà e degli equilibri essenziali della comunità, la protezione e la tutela penale rivestirono carattere inclusivo ed identitario: tema che, pur non marginalizzando il regime dell'obbedienza, lo bilanciò nell'ottica di una protezione maggiormente attenta ai bisogni della comunità.

La successiva caratterizzazione in senso egemonico del sinallagma protezione (dei diritti)-limitazione (delle libertà) comporterà la modifica strutturale dello "*Schutz und Schirm*" della giustizia penale comunitaria che si allontanerà dal nucleo originario del dominio costruito sulla proprietà fondiaria (*proprietas* o *dominium secundum proprietatem*)<sup>97</sup> per confluire nel sistema di potere complesso della *protectio secundum imperium*<sup>98</sup>, perdendo così ogni legame con la dimensione sociale e comunitaria del "*Rat und Hilfe*".

Il regime della vendetta e della gestione negoziale delle offese con tutti i limiti e gli inevitabili abusi, preservò l'iniziativa e l'autonomia cetuale nell'apertura del conflitto e la libertà nella sua gestione, privilegiando una pace tribale improntata alla libertà rispetto ad una protezione dell'obbedienza, una tutela orizzontale

<sup>96</sup> Per approfondimenti a riguardo vedi SCHIERA, *op. ult. cit.*, XXV ss.

<sup>97</sup> Il *dominium* pieno e unitario risultò soggetto ad una "devitalizzazione per dissanguamento": in ciò giocarono un certo ruolo anche l'influsso delle concezioni giuridiche germaniche (specialmente longobarde), in cui si privilegiava il rapporto diretto con la terra (*Gewere*), anziché l'astratta titolarità del fondo. A riguardo vedi GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova 1968, pp. 183-208; ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, p. 26. Si ebbe allora una scomposizione del *dominium*, formalizzata dai Glossatori nella distinzione in *directum* e *utile*, che è il preludio del suo assorbimento nel concetto più ampio della *protectio secundum imperium*. Sul punto vedi GROSSI, *L'ordine giuridico Medievale*, cit., p. 103. Sulla *Gewere* cfr. DIURNI, *Le situazioni possessorie nel medioevo. Età longobardo-franca*, Milano 1988.

<sup>98</sup> Sulla distinzione fra *dominium*, *imperium* e *potestas* vedi BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 339 ss., 352 ss.

piuttosto che verticale: “in un mondo in cui vige la faida” non può distinguersi il “nemico esterno” dal “violatore del diritto interno”, “ambedue violano la pace” della comunità, “ambedue sono nemici, anzi predoni (*Räuber*)”.

Non vi è nessuna autorità in grado di mettere al bando, l'uno anziché l'altro: “finchè è in corso il combattimento, non vi è alcuna istanza superiore che possa decidere la lite”<sup>99</sup>.

3.2. La faida (*Fehde*) rappresentò la più diffusa forma di autodifesa medioevale finalizzata alla “vendetta ed alla riparazione del diritto violato”<sup>100</sup>; per quanto “l'epoca d'oro” della giustizia faidale risalga al periodo che va dal IX all'XI secolo, la *Fehde* continuò a sussistere fino al XV secolo, accettata dai monarchi e dagli imperatori del tardo medioevo che ne legittimarono l'uso e la diffusione attraverso la previsione di un vero e proprio “diritto di faida”.

La *Fehde*<sup>101</sup> nasce come “inimicizia mortale”, ma “può aver termine con una riconciliazione”<sup>102</sup>: l'espiazione dell'offesa attraverso la faida, come attraverso la vendetta (*Rache*), ristabilisce la concordia comunitaria, nella misura in cui soddisfa “il diritto dell'avversario” e lo concilia “con l'aggressore-avversario”<sup>103</sup>.

La “lettera di sfida (*Absagebrief*)” che segna l'origine della faida, evoca “la mancanza di pace” derivante dal conflitto e l'ostilità, mentre il patto di conciliazione (*Sühnerverträge*) sancisce la reintegrazione del torto finalizzato al ristabilimento della pace della comunità<sup>104</sup>.

Il paradosso di una faida fonte di conflitto e di scontro che è anche creatrice di stabilità e di pace, s'incanala nella contraddittorietà e nell'ambiguità che contraddistinse nel tardo medio-evo la distinzione fra privato e pubblico, Stato e diritto, autotutela e giustizia penale, arbitrio e regola<sup>105</sup>.

Nel sistema faidale sono richiamati valori astratti (onore, fedeltà, rispetto), legami e sentimenti (amicizia-inimicizia, amore-odio, inclusione-esclusione) che fatica-

<sup>99</sup> Cfr. BRUNNER, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>101</sup> Il regime della giustizia faidale trae nutrimento dai concetti di “vendetta (*Rache*)”, “onore, fedeltà” inimicizia, ostilità che rappresentano la “negazione della pace”; fra “le più antiche espressioni che designano la faida e l'inimicizia”, vi è del resto “il termine germanico *Werra*, *Verwirrung*, latinizzato in *guerra*, che nell'inglese *war* e nelle lingue romanze e nel latino medioevale ‘guerra’ e ‘guerre’ ha avuto ampia diffusione”, conservandosi “nei testi tedeschi del XIII secolo come *gewerre*”. Nel medioevo il concetto di guerra “non ha alcun significato preciso perché significa lite, conflitto, differenza di opinioni, contrasti” che possono “venir decisi tanto colle armi”, quanto attraverso una composizione giuridica. Se in astratto potremmo distinguere la guerra dalla faida, “nel senso che la prima sarebbe lotta fra Stati sovrani” mentre la faida “è una contrapposizione di parti all'interno di uno Stato”, ogni differenziazione incontrerebbe l'insuperabile ostacolo che “nel Medioevo non esiste Stato sovrano” nel senso moderno per cui la “dichiarazione di guerra” coincide con la “sfida faidale”. Per approfondimenti al riguardo *Ibidem*, p. 40 ss., 55 ss.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>105</sup> *Ib.*, p. 49.



no ad incasellarsi in categorie e strutture giuridiche, nella misura in cui “indicano ad un tempo il concetto giuridico ed il rapporto psicologico che sta alla sua base”, evocando “fenomeni pre-sociali e pregiudiziali”<sup>106</sup>.

Eppure la *Fehde* ha un suo preciso fondamento giuridico poiché l'ostilità e l'inimicizia che la determinano, riposa su un'offesa ingiusta o su un torto subito: la faida è in tal senso “lotta per il diritto che tende alla vendetta, al ristabilimento del diritto violato”<sup>107</sup>.

Se manca il fondamento giuridico, ovvero manca un'offesa e/o la legittimità della pretesa non si rientra più nel “diritto di faida” ma nell'atto violento ingiusto ed illegale (*mutwillige*)<sup>108</sup> che sfocia nella rapina (*Raub*), nell’*“iniustum bellum”*, nella *“tyrannis”* ed in alcuni casi nel *crimen laesae maiestatis*<sup>109</sup>.

La rubricazione della faida legittima quale *crimen*, ed in particolare nel *crimen laesae maiestatis*<sup>110</sup>, segnala i confini ristretti che separano il diritto (di faida) dal divieto di faida<sup>111</sup>: divieto che scatterà puntualmente nelle lotte fra sovrano e sudditi, poiché il sovrano non ammetterà mai di aver cagionato un'offesa od un torto, bollando “i sudditi che hanno fatto ricorso alla faida come violatori del diritto, come rapinatori”, come sacrileghi per poi poterli perseguire penalmente<sup>112</sup>.

A prescindere dalla forte resistenza dei ceti e dei nobili all'inglobamento della gestione dei conflitti sociali all'interno del potere monarchico, eliminare la faida e la vendetta privata implicava rimpiazzarla con altre forme di autodifesa ovvero con un sistema di giustizia sovraordinato: abolire la giustizia negoziale ed il sistema feudale non significava dunque, “prendere una misura statale come tante altre, bensì cambiare radicalmente la struttura dello Stato e del diritto”<sup>113</sup>.

Occorreva cioè costruire un sistema giuridico munito di un potere coercitivo dotato di mezzi d'esecuzione della pena, che impedisse la risoluzione privatistica dei conflitti, ovvero l'autotutela, la cui deriva fisiologica era vendetta privata e faida<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> *Ib.*, p. 40.

<sup>107</sup> *Ib.*, p. 59.

<sup>108</sup> Per approfondimenti sul significato medioevale del termine “*mutwillige*” *Ib.*, p. 59.

<sup>109</sup> Per una rassegna dei casi di ingiusta faida ed approfondimenti circa le faide fra l'imperatore Federico III ed i ceti austriaci fra il 1451 ed il 1452, quella che oppose lo stesso imperatore al conte von Görz nel 1460 ed alla città di Vienna nel 1462 *Ib.*, p. 61 ss.

<sup>110</sup> La crescita esponenziale e la diffusione del *crimen laesae maiestatis* segue l'affermazione della monarchia nell'arco temporale che va dal XIII al XVII secolo, ovvero dall'esperienza dei comuni allo Stato-nazione assolutistico: ciò comporta una “crescita continua del ruolo specifico e del peso complessivo” di un istituto cui si affida “prima la difesa del comune, poi quella del Principe” e del Pontefice, infine la salvaguardia dell'organizzazione dello Stato. Vedi sul punto SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 70 e 71, 177, 178, 181.

<sup>111</sup> Sul punto vedi GIROLAMO GIGANTI, (Hieronimi Gigantis Forosempronienensis) De *crimine laesae maiestatis*, Venetiis, 1584, in lib. I, *Crimen laesae maiestatis humanae quid sit.*, n. 1.

<sup>112</sup> Cfr. BRUNNER, *op. ult.cit.*, p. 61 ss.

<sup>113</sup> *Ib.*, p. 48.

<sup>114</sup> *Ib.*, p. 48.

Partendo da queste premesse, a partire dal XV secolo “il concetto dell’amicizia, della stirpe, del sangue” alla base della giustizia comunitaria si sposterà verso l’alto, nella sfera dell’alta politica”<sup>115</sup>, sostituito dal vincolo di fedeltà e di obbedienza al Sovrano: la faida “non permessa” a partire dal XIV secolo divenne “un delitto d’alta giurisdizione, un reato”, così come “la faida non cavalleresca, la diffida contadina e cittadina sarebbero state proibite”<sup>116</sup>.

Il superamento del penale negoziato implicò la progressiva restrizione del diritto di faida, sulla scorta dell’organizzazione “di una giurisdizione evoluta” ovvero con la “criminalizzazione del diritto penale” che condusse alla “surrogazione delle espiatione e della penitenza con un sistema di sanzioni penali sia per i cittadini e per i contadini, che per la nobiltà seppure in maniera più limitata”<sup>117</sup>.

La graduale trasformazione della libertà di faida (“ovvero di una faida non vincolata da norme consuetudinarie o legislative”), in faida “regolata dalla consuetudine e in seguito riconosciuta o tollerata dal legislatore”, derivò dall’“unione dei gruppi familiari in associazioni politiche più complesse e quindi dall’affermarsi e dall’estendersi del potere giurisdizionale dello stato” che condusse progressivamente al divieto di faida nei reati di minima e di massima gravità<sup>118</sup>. I primi ricomponibili attraverso le cd. composizioni, i secondi (attentato alla vita del re, accordo coi nemici esterni dello stato, sedizioni nell’esercito e altri delitti pubblici inespiabili, la cui serie tende ad accrescersi con corrispondente diminuzione della serie dei reati considerati come delitti privati), rientreranno a partire dal XIII secolo nel nucleo costitutivo del *crimen laesae maiestatis*.

Considerati offesa a tutto il popolo e non a un solo gruppo familiare, questi reati spezzano il vincolo del reo col gruppo familiare di appartenenza, ponendolo fuori della legge ed esponendolo alla pubblica vendetta, sino a rendere delittuoso il soccorso prestatogli da qualsiasi persona<sup>119</sup>.

L’eliminazione dell’autonomia privata nella gestione penale sarà veicolata a partire dal XIV secolo dal nuovo assetto che assume l’ordinamento penale: una giustizia “che assicura la vendetta pubblica e punisce per retribuire, ma anche per dissuadere, con l’inesorabilità e l’esemplarità della pena”. Una giustizia penale “che non sta nella logica della riparazione contrattata dell’offesa, ma in quella della repressione unilaterale della violazione e della rimozione del

<sup>115</sup> Per definire temporalmente il passaggio dalla pace-sicurezza tribale, ad una sicurezza politico-sociale può essere utile richiamare l’accordo di pace fra il “duca Sigmund von Oesterreich-Tirol ed il duca Ludwig Von Bayern-Landshut”, datato “30 aprile 1461”, dove è scritto “perché mai per via di vera stirpe e ragione di sangue siamo stati costretti ad essere amici l’un l’altro, ciascuno sarà tenuto a portare amicizia, amore ed ogni bene all’altro”. *Ib.*, p. 29-30 vedi anche la nota n. 50 a p. 30.

<sup>116</sup> *Ib.*, p. 151.

<sup>117</sup> *Ib.*, p. 26-27.

<sup>118</sup> L’espressioni virgolettate sono di PATETTA, *Faida* (voce), in *Enciclopedia Italiana Treccani*, 1932, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>119</sup> Così PATETTA, *Faida* (voce), cit., in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

pericolo". "Che combatte il crimine dall'alto, usando apparati e pretendendo obbedienza"<sup>120</sup>.

Processo che avrà la sua definitiva attuazione con l'introduzione del "penale alto, quello monopolizzato dagli apparati"<sup>121</sup> che si affermerà fra il XVI ed XVII secolo con la nascita della giurisdizione accentrata.

4. Nel segnalato processo "di razionalizzazione giuridica" che trasformerà il potere di comando e di coercizione dello *ius imperium* in una struttura istituzionale organizzata, lo *ius puniendi* assume un ruolo di primo piano, nella misura in cui da modalità consuetudinaria di gestione privatistica dei conflitti sociali, diventa ordinamento ed apparato burocratico-amministrativo funzionale alla *protectio regni*.

Passaggio essenziale di questa trasformazione è la creazione della *iurisdictio*, cui si lega la trasformazione della giustizia penale negoziata in giustizia penale istituzionale, espressione di una sovranità centralizzata: la sovranità si organizza su base territoriale attraverso un sistema di giustizia capillare che fa riferimento direttamente al re, imponendo ai sudditi l'obbedienza al sovrano, attraverso l'incondizionata subordinazione ai suoi corpi normativi ed ai suoi apparati<sup>122</sup>.

Un sistema di obbedienza organizzata su scala territoriale che coinvolge i ceti dominanti, coinvolti nella gestione e nell'esercizio della *iurisdictio*, in posizione di subalternità rispetto al *Princeps*, sulla scorta di un rigido ordine gerarchico che impone fedeltà assoluta al monarca.

Nella giustizia tardo medioevale, prettamente orale, fu la *iurisdictio* (piuttosto che la legislazione) a incarnare sia il "potere/diritto di punire e di indagare", che il "potere/dovere di mantenere la pace in un certo distretto dichiarando i diritti e le norme"<sup>123</sup>.

La giustizia del diritto comune fu peraltro costruita su "una concezione *sui generis* delle norme sostanziali: non prioritarie, non presupposte, ma rimesse al giudice alla stregua di giudizi interpretativi sugli atti dei giustiziabili, dei quali importa principalmente valutare la *pravitas*, la nocività ed il grado di disobbedienza che esprimono"<sup>124</sup>.

Amministrare la "*iurisdictio*" significò in tal senso assumere la titolarità delle leve della *protectio*, dell'obbedienza e della *iustitia* che nella società alto-medioevale rivestirono un ruolo simbolico, di legittimazione al comando, incanalandosi nel solco delle simmetrie medioevali comando/obbedienza, legittimazione/protezione<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 166.

<sup>121</sup> Sul punto vedi SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 179.

<sup>122</sup> Per un accostamento fra sovranità e proprietà, ovvero una sovranità intesa come proprietà vedi MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 2/3, p. 473.

<sup>123</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, cit., p. 45.

<sup>124</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 178.

<sup>125</sup> Sul punto vedi ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, cit., p. 50.

La transizione dalla giurisdizione plurale delle signorie locali a quella unitaria del regno, fu lenta e graduale: in mancanza “di una funzione amministrativa modernamente intesa” e di una sovranità compiutamente definita, l'intervento del *Princeps* si limitò fra il XII ed il XIV secolo, a meri “compiti d'arbitrato e di composizione dei conflitti”<sup>126</sup>, in cui confluiva l'“esercizio dell'autorità” monarchica: in questa prima fase, la “*iurisdictio*” regale era più simbolica che concreta, funzionale a rimarcare ai sudditi, l'ordine fra i potenti che poneva il *Princeps* all'apice della gerarchia, secondo solo all'Imperatore<sup>127</sup>.

Va considerato al riguardo, come la *iustitia humana* richiamasse quella *divina*, ed il “linguaggio giuridico-teologico” (basato su colpa e pena, offesa e perdono, peccato ed espiazione) fosse diffuso e “largamente condiviso” dalla popolazione, tanto da condizionarne comportamenti, usi e costumi sociali<sup>128</sup>.

Da ciò la radicata tradizione etica-religiosa e retorica “che indicava nella giustizia una virtù indispensabile per il principe” e nella titolarità del potere giurisdizionale la proiezione di un potere assoluto, di emanazione divina<sup>129</sup>.

Il potere monarchico perseguì sul piano della giurisdizione il suo disegno egemonico perché – oltre a rappresentare il percorso di acquisizione-manifestazione dell'*imperium* più coerente con la simbologia ed i riti del potere *in auge* – l'accentramento giurisdizionale consentiva il controllo dei territori ed il ridimensionamento dei potentati locali, attraverso la gestione di un ordine pubblico *ante litteram*<sup>130</sup>.

Si evidenziò in tal senso la rilevanza del “rito penale” – prima ancora che della norma penale – come esercizio di potere<sup>131</sup> e fonte di legittimazione al comando<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> Cfr MANNORI-SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 64-65.

<sup>127</sup> Cfr MANNORI-SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 64-65.

<sup>128</sup> Sul punto vedi ALESSI, *Tra rito e norma.*, cit., p. 48.

<sup>129</sup> Sul punto vedi ALESSI, *Tra rito e norma.*, cit., p. 50.

<sup>130</sup> Va precisato che il concetto di ordine pubblico viene qui impropriamente richiamato poiché è molto successivo al periodo di cui stiamo trattando ed è strettamente legato alla sovranità statale, aparendo per la prima volta nel Codice napoleonico, connotandosi peraltro come categoria amplissima ed astratta che non consentiva una definizione precisa ed una classificazione unitaria dei reati. Sul punto vedi GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XIII, Torino, Utet. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990.

<sup>131</sup> Oltre che “come terreno privilegiato di verifica del carattere arbitrario o fondato” del potere Così ALESSI, *Tra rito e norma.*, cit., p. 47 ss.

<sup>132</sup> La giurisdizione come esercizio di potere e fonte di legittimazione al comando, fu oggetto di continui conflitti (potenziali) d'attribuzioni e di competenze, che cagionarono una diffusa condizione d'incertezza e di disagio sociale, rimanendo ben vive – nella prospettiva dei sudditi – “le antiche solidarietà, e le conseguenti distinte obbligazioni verso il luogo, il ceto, la corporazione, il feudo, la città”. In tal senso, fino al XV secolo la popolazione non sempre ebbe la chiara percezione di una giurisdizione unitaria, né di “un'obbligazione esclusiva” nei confronti del *Princeps*. Cfr FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 6.

La “misura di tale potere” fu rappresentata dalla “forza coercitiva necessaria per l’assolvimento” dei compiti giurisdizionali<sup>133</sup>: “massima nell’esercizio diretto dello *ius imperium* del *Princeps* ovvero “nel caso del potere sovrano non delegato (*merum imperium*)”; minore ed in alcuni casi minima, “nel caso di giurisdizioni/poteri minori, non originari, ma delegati”<sup>134</sup>.

Nell’ambito della rilevanza strategica del controllo della giurisdizione ai fini dell’affermazione dell’*imperium*, vanno letti i tentativi della monarchia prima, di accentuare l’importanza della *iurisdictio* a scapito della giustizia negozial-privatistica, poi di ampliare il raggio della competenza giurisdizionale regia: sotto il primo profilo, s’inquadrano la lunga serie di divieti e di proibizioni contro la faida, a partire da quelli dell’imperatore Federico I nel 1152 e del 1158 che conseguirono scarsi risultati, “non diversamente dai numerosi divieti” posti in essere dai monarchi francesi sin dalla “metà del XIII secolo” che palesarono la inadeguatezza del potere monarchico alla gestione interna dei conflitti<sup>135</sup>.

Al secondo aspetto va riferito l’allargamento della giurisdizione regia in Francia che si materializzò nel 1313, subito dopo l’ordine diretto al Duca di Bretagna dal Parlamento di Parigi “di consegnare alla giustizia del re un *sénéchal* ed altri funzionari”, rei di avere imprigionato “un suddito che aveva chiesto appello al sovrano”<sup>136</sup>.

In ragione di questa disputa sull’amministrazione dei *cas royaux*, il *princeps* accentrerà su di sé ogni potere e competenza giurisdizionale, sottraendo ai baroni “il vecchio privilegio di essere giudici nelle cause che li riguardavano”.

L’attacco del potere monarchico alla feudalità propiziò il controllo sui *cas royaux* riconducibili al *crimen laesae maiestatis*, cui farà seguito l’elaborazione dottrinale in materia e lo sviluppo casistico del reato politico che attrarrà le categorie politiche della *maiestas*, *imperium*, *potestas et dignitas Principis* nell’area concettuale penale.

Soltanto il re “*pot estre juge et partie en sa querele et en l’autrui*”, per cui saranno bandite ed osteggiate “come grave turbamento della pace pubblica”, le vendette private e le “*guerres particulières*”, sarà fatto divieto di “portare armi e di condurre milizie private”, saranno impediti duelli e tornei.<sup>137</sup>

Nella battaglia secolare per il controllo delle giurisdizioni soltanto alla metà del XVI secolo l’impero e la monarchia riuscirono a prevalere definitivamente: nell’impero germanico, a debellare la gestione privatistica e vendicativa delle offese

<sup>133</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 45.

<sup>134</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 45.

<sup>135</sup> La persistenza del regime faidale è del resto dimostrata dalla circostanza che il diritto imperiale tedesco fu costretto la faida molte altre volte: “in via assoluta nella pace territoriale di Worms nel 1495”; l’uso restò tuttavia in vita, considerando la continuativa sussistenza delle faide “tra ceti e cavalieri dell’impero sino ai primi decenni del XVI secolo”. Così BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 49.

<sup>136</sup> Cfr SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 64.

<sup>137</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, p. 65.

fu l'entrata in funzione del Tribunale camerale imperiale (*Reichskammergericht*) e degli ordinamenti territoriali nel corso del XVI secolo" che in particolare, "dopo l'ordinanza imperiale di esecuzione del 1.555"<sup>138</sup>, riuscirono a veicolare il diritto di autodifesa nella esclusività di giurisdizione penale, eliminando la faida.

In "Francia, in Inghilterra, nella curia pontificia, il rafforzamento del potere del Principe derivò" dall'approfondimento e dalla elaborazione del diritto e della procedura penale (che si apprestava a trasformarsi nel dotto e sofisticato *ius doctorum et advocatorum*) e dalla capacità tecnica delle *curiae reges*, capaci "di mettere a punto una procedura molto più sofisticata rispetto a quella delle corti locali e feudali" che garantisse da abusi e soprusi delle micro-sovrànità territoriali<sup>139</sup>.

Fu anzitutto "la presunzione di denegata o irrituale giustizia a giustificare l'avvocazione diretta o la possibilità di ricorso in via d'appello alle *curiae reges* ed a definire, per questa via, la gravità dei reati"<sup>140</sup>, attribuendo di fatto al *Princeps* – pur nella molteplicità dei centri di giustizia e di potere medioevali – un fondamentale potere da ultima istanza.

Il governo giurisdizionale del territorio fu decisivo momento di raccordo fra *ius imperium* e "*bellum iudiciale*": la *iurisdictio* rappresentò strumento di controllo dei nobili e della moltitudine da parte del *princeps*, funzionale a perseguire atti d'insubordinazione al potere monarchico ed a costruire e consolidare l'unità territoriale del regno attraverso la criminalizzazione delle "*factiones*".

La giurisdizionalizzazione del sistema penale orientata verso l'alto fu dunque alla base dell'affermazione di un regime assolutista, dai forti contenuti monistici, che si legherà successivamente al monoteismo religioso, includendo nella *maiestas* i motivi divini che evocaranno l'unità inscindibile fra potere temporale ed *ordo* trascendentale: un monoteismo giudiziario in grado di supportare la sovranità unitaria ed esclusiva del monarca, attraverso un sistema di simboli, valori e riti che modificheranno l'esercizio del potere sulla scorta della sua legittimazione ed investitura meta-giuridica.

5. Il sistema penale funzionale all'orientamento disciplinato<sup>141</sup> del corpo sociale, all'origine del moderno ordinamento penale di stampo pubblicistico, deve ricollegarsi alla nascita di quel potere unitario e sovraordinato che darà origine alla sovranità statale: il "termine sovranità appare" in tale accezione, soltanto "alla fine del cinquecento, assieme a quello di Stato, per indicare in tutta la sua pienezza il potere statale, unico ed esclusivo soggetto della politica"<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> Per approfondimenti sul punto vedi STAMMLER, *Deutsches Rechtsleben*, 1928, I, p. 60 ss.

<sup>139</sup> Così ALESSI, *Tra rito e norma*, cit., p. 47 ss.

<sup>140</sup> Così Alessi, *Tra rito e norma*, cit., p. 47 ss.

<sup>141</sup> Sul punto vedi PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, p. 80; SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, p. 21 ss.

<sup>142</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 81 ss., cui si rimanda per approfondimenti. Vedi pure MANNORI-SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, p. 64-65.



La sovranità unitaria – che nel XIV secolo era ancora in una fase embrionale – fu il “risultato di una tensione e di una competizione”, ma anche “di una collaborazione e di un equilibrio fra due poli: quello della concentrazione e della istituzionalizzazione dei poteri d’*imperium*” assunti dal Princeps che mirava ad accentrare e centralizzare il potere su di sé e per questo verso, “a rappresentare il territorio nel suo insieme”, e quello “della pluralità delle diverse forze presenti sul territorio medesimo: “dalle città alle comunità rurali, dagli ordinamenti ecclesiastici alle corporazioni”, dalle signorie alle giurisdizioni particolari e micro territoriali<sup>143</sup>.

Soggetti che, lungi dall’operare congiuntamente, erano in lotta ed in contrapposizione per l’affermazione di un *ius dominationis* esclusivo<sup>144</sup>.

Del processo di attrazione del potere coercitivo verso l’alto, l’area del penale fu precocemente investita già fra il XII ed il XIII secolo, ovvero ben prima che si realizzasse l’accentramento del governo territoriale nel Princeps e la monarchia ottenesse il controllo dei corpi cetuali e dei poteri feudali e comunali.

Di fronte alla frammentazione dei diritti di sovranità ed alla mancanza di uno Stato inteso come soggetto unitario, lo statuto debole del costituzionalismo medioevale (che non rendeva neppure configurabile un interesse pubblicistico in quanto tale), lasciò vuoti di potere territoriali che signorie, baronie, feudatari e monarchia si affrettarono ad occupare, accreditandosi sin dal XII secolo, “come condizione indispensabile dell’ordine” e come garanti della giustizia penale territoriale<sup>145</sup>.

Una sovranità particolare o parcellizzata si costituì pertanto già fra il XII ed il XIII secolo, riconosciuta “a qualsiasi posizione di preminenza nel sistema gerarchico della società feudale, per cui anche i baroni erano sovrani nelle loro baronie” sulla scorta di uno *ius dominationis* circoscritto in via territoriale<sup>146</sup>.

La nascita e l’evoluzione della giurisdizione criminale rappresenterà il primo “centro di attrazione monopolistico del potere che condurrà alla sovranità”<sup>147</sup>, definendo il “supremo potere di comando (*summa potestas*) connesso all’esercizio delle funzioni fondamentali di un ordinamento autonomo” penale<sup>148</sup>.

Sarà poi il sistema monarchico tardo-medioevale con la creazione della giurisdizione territoriale, ad instaurare il concetto allargato di sovranità alla base della trasformazione del *Territorium* nello Stato territoriale e giurisdizionale del XVI secolo<sup>149</sup>.

<sup>143</sup> Cfr FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 7 e ss.

<sup>144</sup> Cfr FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 7.

<sup>145</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit., p. 48.

<sup>146</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 29, cui si rimanda per approfondimenti. Vedi pure MANNORI-SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 64-65.

<sup>147</sup> Così SCHIERA, Introduzione a BRUNNER, cit., XXX.

<sup>148</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit., p. 51.

<sup>149</sup> Sul punto vedi BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 231 e ss.

Sovrano fu essenzialmente il re e l'imperatore, nella misura in cui lo *ius imperium* contrassegnò il potere del monarca come assoluto ed accentrato (*"Le rois est souverain par dessus tous"*).

Il principio del *"rex superiorem non recognoscens"* celebrò l'affermazione di un *Princeps-dominus ratione superioritatis*<sup>150</sup>, formalizzando il rifiuto del monarca di riconoscere nel suo regno poteri concorrenti o superiori: divenne in tal senso evidente l'unitarietà della sovranità e "giuridicamente piena l'equiparazione fra imperatore e re: *rex est imperator in regno suo*"<sup>151</sup>.

Il processo di transizione dai rapporti medievali di signoria al regno unitario rese il monarca non più *"primus inter pares"* ma "signore dei suoi sudditi"<sup>152</sup>: l'assenza di *potestas* di pari forza, riconosciuta come tale dalla popolazione, fu sintetizzata nella formula del *"potere superiorem non recognoscens"* che si trasformerà nei regni europei nei *"reges superiorem non recognoscentes"* come "uno degli elementi confluenti nella moderna concezione della sovranità"<sup>153</sup>.

La "sovranità" si rivelerà un "potentissimo strumento teorico per l'affermazione dello Stato moderno" che avallerà una connotazione di giustizia rigidamente orientata verso l'alto, dimostrandosi "l'arma più raffinata per vincere tutte le possibili resistenze dal basso": sarà la sovranità accentrata, staccata dai territori alla base della "separazione dello Stato dalla società, non più padrona del suo *ius*"<sup>154</sup>.

5.1. Se la sovranità unitaria derivò dal progressivo accentramento dei poteri territoriali (concorrenti e contrapposti) dei signori locali nella *potestas* sovraordinata del *"rex-imperator"*<sup>155</sup>, la trasformazione del "pluralismo feudale" nel "significato pienamente monista" di un unico "supremo potere"<sup>156</sup>, necessitava di una piena legittimazione al comando (impregnata di significati simbolici e rituali) e di strumenti formali ed organizzativi che ne garantissero la traduzione giuridica.

L'assunzione da parte del *Princeps* delle prerogative dell'*Imperator* fu decisiva sul piano della legittimazione simbolica: è unicamente lo *ius imperium* a fondare la *summa potestas* perché il "supremo potere di comando" spetta all'imperatore<sup>157</sup>; parimenti solo l'*Imperator* può collocarsi "su una piattaforma trascendentale"<sup>158</sup>.

<sup>150</sup> L'affermazione di un unico ed incontrastato potere territoriale, radica il dominio del monarca *"ratione superioritatis"* su ogni altro potere. Cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 228 ss.

<sup>151</sup> Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 294.

<sup>152</sup> Così MAYER, *Mittelalterliche Studien*, Lindau, 1959, p. 137. Vedi pure BRUNNER, *Feudalesimo*, cit., pp. 75 e ss., 201.

<sup>153</sup> Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 293 ss.

<sup>154</sup> Così MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., p. 30.

<sup>155</sup> Il *"Rex imperator"* che "non riconosce superiore" del XIV secolo, rappresenta l'origine di quell'"evoluzione storica che avrebbe portato all'idea moderna di sovranità come logico risultato di tale corso evolutivo". È questa la tesi di CALASSO, *I glossatori e la dottrina della sovranità*, cit., p. 47 ss., ripresa da MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 291 ss.

<sup>156</sup> Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 327.

<sup>157</sup> Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 294.

<sup>158</sup> Così MARAVALL, *op. ult. cit.*, p. 303.

Sarà questa piattaforma a consentire al monarca di assurgere al ruolo di *Princeps-pater* e di *Princeps-artifex* dell'*ordo*: l'imperializzazione come la divinazione, avranno il loro fulcro nel concetto di *maiestas divina*, oltre che *humana*<sup>159</sup>.

Fondata sulla funzione teocratica dello *ius puniendi*<sup>160</sup> ed avallata dalla "concezione liturgica del potere politico"<sup>161</sup>, la categoria della *maiestas divina* fu il dato simbolico più evidente di un ordinamento che, prima ancora di proteggere e tutelare il potere, fu capace di rappresentarne il carattere sacro e divino<sup>162</sup>, favorendo il processo di personalizzazione e di concentrazione verso l'alto dello *ius puniendi*.

Processo che sarà attuato in concreto attraverso la diffusione capillare ed il presidio del territorio garantito dalla *iurisdictio*, sia in termini di organizzazione che di elaborazione ed affinamento delle tecniche giuridico-procedimentali.

Si tratta evidentemente di categorizzazioni che aiutano ad inquadrare i fenomeni, a patto che non si nutrano di eccessiva rigidità: la imperializzazione della figura del monarca non fu mero elemento simbolico, bensì un passaggio denso di contenuti e di conseguenze giuridiche, così come il controllo della *iurisdictio* – pur rappresentando un dato giuridico-organizzativo – rivestì fondamentale significato sul piano simbolico-rituale.

Il processo di "imperializzazione" portò ad una riuscita sintesi fra il piano simbolico ed i contenuti giuridici del potere sovrano, e di contaminazione fra l'esercizio dello *ius imperium* e dello *ius puniendi*, nella misura in cui condusse alla "trasformazione del valore" del termine "maestà" che dall'accezione simbolica della straordinaria "dignità riconosciuta" al monarca, si trasformò nel riconoscimento esplicito del potere sovrano<sup>163</sup>.

È in questa duplice connotazione che il concetto di "*maiestas*" diviene da un lato, nucleo sacrale e simbolico del potere regio, dall'altro perno della *protectio secundum imperium*, attraverso l'espansione del modello del *crimen laesae maiestatis*.

<sup>159</sup> La *maiestas divina* determinò l'estensione degli ambiti applicativi del *crimen laesae*: fu il diritto canonico che creò il *crimen laesae maiestatis divinae* in aggiunta a quello *humanae*. Tarati sull'equazione fra delitto e peccato, i crimini di lesa maestà divina furono riconducibili alla *Lex Divina* e posti a presidio del potere temporale della Chiesa e del clero: la stregoneria (*pactio com demone*), il sortilegio (*sortilegium*), l'ateismo, l'eresia, lo scisma, la magia, la bestemmia andarono per lo più, a sanzionare uno *status* individuale ed una condotta di vita peccaminosa, o difforme dall'*ordo*. Riconducibili all'idea teocratica del diritto penale che confuse reato e peccato, riassumibile nella massima carpzoviana: "*Peccatum autem sive delictum nihil aliud est, quam actus humanus malus*". Così CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, Francofurti ad Moenum, 1758, I, 1.17, 3.

<sup>160</sup> Sui caratteri generali del sistema penale teocratico e sulla sua progressiva secolarizzazione vedi per tutti MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit., p. 7 ss.; 11 ss.; 18 ss.; 49 ss.

<sup>161</sup> Vedi sul punto SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, cit., p. 104 ss., 192, 276 ss. cui si rimanda per i necessari approfondimenti.

<sup>162</sup> Vedi sul punto MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 302 ss., cui si rimanda per ogni approfondimento.

<sup>163</sup> Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 295.

Da definizione qualificante la persona del re come “dotata di maggioranza”<sup>164</sup>, fra il XV ed il XVI secolo la *maiestas* assurse a “titolo ufficiale e giuridico”, trasformandosi “durante il secolo XV” da (semplice) “maestà reale” in “sovrànità e maestà reale”<sup>165</sup>.

Tenendo fede al principio in forza del quale “in ogni Stato per fare del re un sovrano, bisogna renderlo simile alla figura dell’imperatore”, l’“assunzione da parte dei re del titolo di maestà, appartenente alla massima giurisdizione imperiale” nel secolo XVI, lo qualificherà come titolare della *summa potestas*, mettendolo a capo del massimo livello di giurisdizione<sup>166</sup>.

In questa assolutizzazione del magistero permanente del re<sup>167</sup> che travalica i confini giuridici e ammantava la sua funzione di motivi etici e trascendentali, è racchiusa l’evoluzione dello *ius imperium* che a partire dal XVI secolo s’identificherà nel modello illiberale e totalitario dello *ius puniendi* dell’obbedienza etica<sup>168</sup>.

Per comprendere l’inestricabile intreccio fra *ius imperium*, *ius puniendi* e sovrànità basti pensare che Bodin il primo teorico del concetto di sovrànità, attribuì al potere sovrano otto *iura imperi*: sei di questi sono legati alla giustizia penale. Il diritto di legislazione; il diritto di guerra e di pace (interno ed esterno, cui si lega direttamente la gestione della pace pubblica); il diritto di nomina agli uffici più elevati; il diritto di giurisdizione suprema; il diritto alla fedeltà e all’obbedienza; il diritto di grazia<sup>169</sup>.

Questi *iura imperi* vanno rapportati ad una sovrànità cui preme soprattutto “il profilo interno”: “di fronte alla resistenza dei ceti lo Stato consolida la propria posizione” di supremazia e di forza, “affermando la sovrànità esterna”<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> In tal senso, “ogni re afferma se stesso come maestà, in quanto è il *maggior* o dotato di *maggiorità* e da lui questa condizione passa allo Stato”. In particolare “col termine *maggiorità* si esprime nella lingua catalana del basso medioevo – per esempio nelle *Partidas* – l’idea di una pretesa” prioritaria, in quanto “sollevata dai principi”. Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit, p. 294.

<sup>165</sup> Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit, p. 297.

<sup>166</sup> Vedi al riguardo MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit, p. 294.

<sup>167</sup> Attraverso la perpetuità dello *ius imperium*, “trova riconoscimento il valore della durata e della continuità” della sovrànità che in questa dimensione prolungata trova il suo carattere stabile ed istituzionale. Sovrànità impersonata dal *Princeps*. “A differenza del dittatore romano che agiva in base a una *commissione* per un fine preciso, il sovrano è un magistrato permanente”. Così PORTINARO, *Stato*, cit, p. 53.

<sup>168</sup> Se “attraverso l’assolutezza della sovrànità, Bodin mira a superare il dualismo della società per ceti” medioevale, va considerato che il potere monarchico, dovendo fronteggiare a partire dal XIV secolo regni “perennemente agitati da lotte coi ceti e dall’insubordinazione di signori feudali”, si trovò ad agire “in uno stato d’eccezione continuato” per cui “il suo diritto è anch’esso, fino all’ultimo comma, un diritto d’eccezione”. Così Portinaro, *Stato*, cit, p. 53. Nell’instabilità politica e sociale del XV e XVI secolo, maturò il carattere totalizzante e marcatamente coercitivo dello *ius imperium* che dando luogo ad una “sovrànità non limitata né quanto a potere né quanto a compiti”, plasmerà lo *ius puniendi*.

<sup>169</sup> Restano fuori dalla giustizia penale solo “il diritto di batter moneta” e “d’imporre tributi”, anche se la violazione da parte dei sudditi di quelle prerogative regali, si pensi allo spaccio di monete falsi o al mancato pagamento dei tributi, comunque aveva conseguenze penali. Così PORTINARO, *Stato*, cit, p. 53.

<sup>170</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit, p. 56.

La commistione fra sacro e profano che caratterizzò la figura del *Princeps-Imperator* si riverberò nei rituali e nelle formule astruse di un ordinamento penale che – attraverso l'uso sapiente di categorie eticizzanti rielaborate dalla dotta elaborazione dottrinale, in *descriptio* elastiche ricondotte ad un elenco di *casus* – puntellò ed attrezzò un sistema di potere rigidamente gerarchizzato<sup>171</sup>, supportando con la minaccia penale l'ideologia della sudditanza e dell'“*oboedientia*”.

Ciò dimostra come la “*imperializzazione*” del re fornirà – oltre alla rappresentazione simbolica – le categorie politiche necessarie alla traduzione giuridica, di un potere personalissimo, costruito sulla “condizione maiestatica del potere dello Stato e di chi lo esercita”, che andò adattandosi ed affinandosi nel corso dei secoli, tanto da manifestarsi come elemento costitutivo dello Stato-giurisdizionale, poi (anche se in misura meno marcata) dello Stato-nazione assolutistico<sup>172</sup>.

Lo Stato giurisdizionale d'altra parte, non rappresentò solo il precipitato giuridico-organizzativo dello *ius imperium*, ma anche un necessario correttivo dello *ius puniendi* rapportato alle componenti strettamente personalistiche dell'*imperium*: l'affermazione della *iurisdictio* fu in grado di avviare un processo di separazione fra il potere personalistico del *Princeps* e l'esercizio della giustizia penale, delegato a strutture, organizzazioni ed apparati che agivano in sua vece, e per suo conto.

A questa funzione di spersonalizzazione dell'*imperium*, si accompagnò tuttavia la costruzione dell'apparato egemonico e l'effetto di de-socializzazione della giustizia penale: la *protectio et iustitia* penale cessano di essere interessi e valori comuni-tari da tutelare in concreto, dal momento in cui la gestione monopolistica dello *ius puniendi* assurge a centro e fonte di potere organizzato dall'alto.

È la *iurisdictio* in questo senso, ad attrarre definitivamente lo *ius puniendi* nell'orbita dello *ius imperium*, determinando la nascita della “giustizia egemonica di apparato” e della sovranità unitaria in capo al monarca<sup>173</sup>.

6. Se la giurisdizione “è in senso stretto la funzione di giudicare propria del giudice ordinario”, la *Iurisdictio* medievale è “qualcosa di più alto e complesso”, rifacendosi alla “tradizione antica” – “raccolta ai primi del secolo VII da sant'Isidoro” –

<sup>171</sup> Imperniato sulla centralità del concetto di *Maiestas*, centrale anche nel sistema penale dell'epoca. Per approfondimenti sul punto si rinvia a SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 239 ss.

<sup>172</sup> Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 293 ss.

<sup>173</sup> Il dualismo del potere statale che pur in presenza di un processo di unificazione e convergenza nella figura del re-imperatore, andrà ben oltre il XIV secolo, poiché anche “nella monarchia cetuale dei secoli XV e XVI”, “la concezione dello Stato è dualistica: il principe e il paese coesistono uno a fianco dell'altro”: si comprende dunque perché sino al XVI secolo la giustizia negoziata resisterà alla giustizia di Stato. Sul punto vedi NAEF, *La idea de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, 1947, p. 13 ss. Per una ricognizione completa sull'argomento, e l'esposizione di teorie contrastanti rispetto alla concezione dualistica vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit., p. 342 ss.

“che identificava nel principe il giudice supremo dei propri sudditi e nella giustizia la sua primaria virtù”<sup>174</sup>.

Ecco perché il monarca medievale prima di essere *Princeps* dev'essere *Iudex*: “si è principi perché si è giudici, giudici supremi” e non viceversa: nella originaria gerarchia dei poteri medievali, la *iurisdictio* identifica “il potere di colui che ha una posizione di autonomia” (rispetto agli altri poteri) e “di superiorità rispetto ai sudditi”<sup>175</sup>.

Se nella tradizione del basso-medioevo lo *Iudex-princeps* prima di essere Princeps – e dunque prima di essere titolare del potere di comando – è anzitutto “custode di ciò che è giusto” (“*custos iusti*”)<sup>176</sup>, a partire dal XIV secolo lo *Iudex-princeps* privilegia la conquista ed il consolidamento dell'*imperium*, divenendo sempre più *rex-imperator* e sempre meno “*Iudex-custos iusti*”: la monarchia tende a monopolizzare le leve del comando servendosi della *protectio* coercitiva sui sudditi, attraverso la conquista e l'uso/abuso di tutti i gangli del potere giurisdizionale.

L’“imperializzazione della figura del principe”<sup>177</sup> sarà dunque supportata e promossa dall'organizzazione giurisdizionale e viceversa: la contaminazione costante e reciproca fra *iurisdictio*, esercizio dell'*imperium* ed *ius puniendum* sarà di contro all'origine della “giustizia egemonica di apparato” del XVI secolo<sup>178</sup>.

La giustizia d'apparato fu alla base della “verticalizzazione dei processi di potere” che comportò la “torsione” della stessa “idea diffusa di giustizia”: “dal distributivo all'impositivo, dalla condivisione all'imposizione, dalla trattativa possibile alla repressione inevitabile”<sup>179</sup>.

Sullo sfondo della trasformazione del ruolo e della funzione sociale della giustizia penale, deve dunque ravvisarsi il travisamento da parte del monarca della sua originaria funzione di *Iudex-custos iusti*<sup>180</sup>.

La giustizia penale cessa di essere giusta, o almeno cessa di aspirare all'esser giusta ed equa, quando si trasforma in centro di potere temporale e di legittimazione ad una funzione di raccordo fra giustizia umana e diritto divino: a partire da quel momento, i contenuti di dannosità del reato e di pragmatica utilità della punizione, verranno progressivamente assorbiti dalla valenza politica e dal contenuto simbolico di una pena che rappresenta “*signum imperi seu potestatis*” del *Princeps*<sup>181</sup>.

<sup>174</sup> Vedi al riguardo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 131.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> Sul punto vedi MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit, p. 299 ss.; ZELLER, *Les rois de France candidats a l'Empire. Essai sur l'idéologie imperiale en France*, in *Revue Historique*, 1934, p. 257 ss. Così MARAVALL, *Stato moderno e mentalità sociale*, vol. I, cit, p. 299.

<sup>178</sup> L'espressione è di SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, p. 167. Sul punto vedi più diffusamente ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, cit., p. 355 ss.

<sup>179</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 171.

<sup>180</sup> Vedi al riguardo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 130.

<sup>181</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 171.



Il *Princeps-Iudex* utilizza a fini politici il giudice che è in lui, consolidando e rafforzando il potere attraverso il sapiente ed accorto uso della giurisdizione e del diritto: il monarca rinuncia ad essere “custode del giusto” per divenire detentore dell’*imperium*.

Da quando i potentati ed i gruppi egemonici capiscono “che la giustizia penale è un decisivo mezzo di governo e che non ha senso lasciarla alla sola iniziativa delle vittime”<sup>182</sup>, sottoporsi al giudizio del *Princeps* non sarà più un’opzione negoziabile ma una scelta necessitata. L’unitarietà della giustizia penale rappresenterà il mezzo per veicolare la minaccia di pena all’interesse della popolazione: protezione generalizzata imposta dall’alto che significa (minaccia di pena *erga omnes*, e) obbedienza incondizionata verso l’alto.

Quanto più ampia e rilevante sarà la richiesta di protezione al *Princeps-dominus*, tanto più allargato e maggiore sarà il grado di sottomissione e l’obbedienza del protetto.

Il bisogno di protezione della popolazione dovrà essere dunque massimizzato per poter agganciarsi all’offerta di protezione suprema del *Princeps-Imperator* per usare a suo vantaggio il bisogno sociale di tutela: tanto che come abbiamo evidenziato, il sovrano arriverà ad offrire “protezione contro minacce che egli stesso contribuirà a produrre”<sup>183</sup>.

Ecco gli effetti del penale-mezzo di governo che abdica alla funzione di mera risoluzione e reintegrazione dei conflitti ed alla sua vocazione sociale, rinunciando ad essere strumento di giustizia: un sistema penale costruito sull’affermazione dello *ius imperium*, reclama un *Princeps-imperator* piuttosto che un *Iudex-princeps*.

Se il pluralismo della giustizia penale sino al XIII secolo preserverà la figura del *Princeps-iudex-custos iusti*, successivamente la *iurisdictio* e la legge penale si caratterizzeranno come “atto d’imperio” piuttosto che di giustizia, rappresentando “essenzialmente la manifestazione di volontà dell’investito del massimo potere politico”<sup>184</sup>: non saranno quindi i contenuti “giusti” e virtuosi del comando penale, né l’utilità del sistema giustizia rispetto alla vita sociale, ad interessare, quanto la legittimazione del potere ad esercitare la giurisdizione ed a porre in essere comandi da osservare.

Lo *Iudex-princeps* diventa *Rex-Imperator* ovvero nella misura in cui ribalta il tradizionale rapporto che subordina l’*imperium* alla *iurisdictio*, *Princeps-iudex*.

Legge e *iurisdictio* penale diverranno mero esercizio di *imperium*, e troveranno nella formalizzazione e nell’organizzazione dell’*imperium* la loro stessa legittimazione.

La prevalenza dell’atto d’imperio sull’atto di giustizia, ovvero l’assorbimento dei contenuti della giustizia penale nella forma-comando, annulla il significato e

<sup>182</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 167. Sul punto vedi FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 4 ss.

<sup>183</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit., p. 49.

<sup>184</sup> Vedi al riguardo GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 136.

la funzione sociale dello *ius puniendum* attraverso il perfezionamento del livello tecnico-formale della norma-forma (riferita sia al diritto che alla procedura), la cui predominanza tenderà a mascherare (la sostanza de) l'atto coercitivo di dominio: "ciò che conta è soltanto l'organo che produce" il diritto, riconosciuto come *Princeps-iudex*, perché "è l'organo che soprattutto conferisce a una certa regola la qualità di legge"<sup>185</sup>.

La legge penale è ordine del sovrano "che riceve la propria validità non dalla verità del contenuto" – quindi da un'idea sostanzialistica di giustizia, di equità e di tutela della collettività – ma "dalla volontà del re": "*Auctoritas non veritas facit legem*, è la massima che", più d'ogni altra rappresenta e "sintetizza il nesso tra sovranità e legge" nel quadro della *protectio secundum imperium*<sup>186</sup>.

6.1. Sarà Bodin, nella ricerca "di una via d'uscita dall'insostenibile situazione delle guerre civili confessionali", a connotare nella seconda metà del XVI secolo, la sovranità quale "potere assoluto e perpetuo", che unisce i caratteri del "supremo potere giuridico" ad una "unità mistica", rappresentando "autorità insieme giuridico-politica ed etico-religiosa"<sup>187</sup>.

"Tutto lo sfondo religioso e carismatico creato dalla dottrina imperiale" venne quindi "trasferito nella figura dei re": innanzitutto i titoli e le insegne che simboleggiano le "proprietà taumaturgiche o miracolose" del "*rex-imperator*"<sup>188</sup>.

La connotazione etico-religiosa del potere sovrano attraverserà tutti i maggiori regni europei, attraendo lo *ius puniendum* nelle forme simbolico-rituali di un potere egemonico incontrastato che assume valenza e significati sacrali.

La divinizzazione del monarca e la rappresentazione dello "*ius imperium*" come potere trascendentale si tradusse nell'"*imperializzazione*" del re<sup>189</sup>: la metafora dello "*Stato-corpus*" (ricalcata sullo "schema dottrinale del *corpus mysticum*" della "cosmologia cristiana") si riallacciò all'investitura divina del *Princeps-imperator* che è "l'unico ed il massimo reggitore" dello Stato, in "un rapporto omologo di quello che Dio ha con l'universo"<sup>190</sup>.

In tal senso la *protectio regni* racchiuse in sé, il regno umano come proiezione del regno divino e la tutela della società, "intesa come una *universitas*, cioè un tutt'uno globalmente configurabile": per questa strada si giunse alla identificazione dei piani della *protectio* del *princeps*, dello stato e del corpo sociale, tutte contenute nel principio del "*princeps caput*" che rimanda all'idea del "*princeps artifex/regitor/dispositor*"<sup>191</sup>.

<sup>185</sup> Vedi al riguardo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 136.

<sup>186</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit, p. 55.

<sup>187</sup> Così PORTINARO, *Stato*, cit, p. 53.

<sup>188</sup> Così MARAVALL, *op. ult.cit.*, p. 303.

<sup>189</sup> Così MARAVALL, *op. ult.cit.*, p. 303.

<sup>190</sup> Cfr SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis.*, cit, p. 81.

<sup>191</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult.cit.*, p. 82.

Per legittimare la *summa potestas* occorre far riferimento al *Princeps artifex* dell'*ordo*: nel dominio e nella supremazia del sovrano, così come nella subordinazione dei sudditi c'è "l'irreversibilità del fatto naturale", in analogia "con il perfetto ed incontestabile ordine del cosmo"<sup>192</sup>.

Questo significa "imparentare" il sovrano con la divinità, "proclamando l'origine divina del suo potere e il diritto divino che lo assiste nel detenere la sua sovranità": il re "deve diventare in un certo senso una divinità, come era stata divinizzata la figura dell'*Imperator mundi*"<sup>193</sup>. "Se Cristo è riverito come *imperator*, l'imperatore a sua volta è esaltato come *vicarius Christi*, *vicarius Dei*, e immaginato come un altro Cristo, unto e intangibile – *nolite tangere Christos meos*"<sup>194</sup>.

Tradotto in un linguaggio laico, il sovrano oltre ad essere la guida dello Stato, fu l'unico "rappresentante della società che a lui fa capo"<sup>195</sup>: nella sacralità, nella dignità e nel prestigio della sua funzione s'incardinò il potere statale e "tutta la struttura istituzionale", compreso lo *jus puniendi*.

La dimensione "sacrale" del *Rex-imperator* riempirà di contenuti etici l'*iniuria* a lui diretta, saldando il monismo dello *ius imperium* al monoteismo religioso: l'equiparazione fra il *crimen laesae maiestatis* ed il *sacrilegium* fu il dato simbolico più significativo di una tutela<sup>196</sup> che s'inserirà nel solco della funzione teocratica dello *ius puniendi*, tanto da presidiare la *maiestas divina*<sup>197</sup>.

Il potere del sovrano, derivato dal potere divino, assunse i caratteri della "supremazia" assoluta, cui corrisponde la "soggezione" dell'"universo che gli compete" e gli appartiene: persone e cose della comunità sociale, delle quali egli è "*princeps e dominus*", dipendono esclusivamente dalla sua volontà.

Se il princeps è il sommo garante della *protectio regni*, nella prospettiva della *protectio secundum imperium* soltanto una tutela spinta delle prerogative "*maiestatis*" può garantire l'efficace presidio dell'*ordo*: ciò significa che l'*oboedientia* e la *fidelitas* al princeps sono il mezzo attraverso cui i sudditi salvaguardano in via mediata la *pax publica*.

Attraverso la rigida osservanza della regola dell'obbedienza e dell'ordine gerarchico, il sovrano ottenne che il mantenimento della pace e della giustizia fosse – piuttosto che una garanzia di benessere sociale – strumento di controllo dei nobili e della indifferenziata moltitudine dei sudditi.

I "*violatores pacis publicae*" non furono pertanto ritenuti responsabili soltanto del "*crimen fractae pacis publicae*" ma della violazione dell'obbligo di obbedienza e di fedeltà al Sovrano, ovvero di "ribellione" e di "tradimento", comportamenti

<sup>192</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult.cit.*, p. 82.

<sup>193</sup> Così MARAVALL, *op. ult.cit.*, p. 303.

<sup>194</sup> Così MARAVALL, *op. ult.cit.*, p. 302.

<sup>195</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult.cit.*, p. 80.

<sup>196</sup> Vedi sul punto MARAVALL, *op. ult. cit.*, p. 302 ss., cui si rimanda per ogni approfondimento.

<sup>197</sup> Sui caratteri generali del sistema penale teocratico e sulla sua progressiva secolarizzazione vedi per tutti MOCCLA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, cit., p. 7 ss.; 11 ss.; 18 ss.; 49 ss.

già sanzionati dalla “struttura romanistica” del *crimen laesae maiestatis* “fondata su titoli specifici del Digesto dedicati alla protezione del sovrano e dello Stato”.

Nella sovrapposizione fra *crimen fractae pacis publicae* e *crimen laesae maiestatis* si esprime appieno la profonda commistione che la *protectio secundum imperium* realizzò fra i distinti piani della tutela del potere precostituito e la protezione dell’interesse comunitario<sup>198</sup>.

La *protectio* coercitiva raccordata all’affermazione dell’*imperium* darà origine al sistema penale dell’obbedienza etica che, fra il XVI ed il XVII secolo veicolerà comportamenti, usi e costumi sociali verso l’omologazione morale: la eticizzazione del *crimen* seguirà la trasformazione in senso metafisico e dunque metagiuridico della categoria della *maiestas*, segnando la centralità giuridica e politica della *maiestas divina*, che accompagnerà e legittimerà l’inglobamento dello *ius imperium* nella *iurisdictio*.

Presidiando i valori astratti della *maiestas divina* e dell’*ordo religionis*, il sistema penale si premurò di proteggere l’ordine precostituito, delimitandolo con la legge della meticolosa osservanza dell’obbligo etico: chi con i suoi comportamenti si fosse posto fuori di quel perimetro, veniva automaticamente iscritto nella dissociazione etica e morale; dissociazione che venne ravvisata in qualsiasi atto che – anche in via remota o del tutto ipotetica, – lasciasse sospettare il mancato ottemperamento (del suddito) all’incondizionata obbedienza e devozione alle categorie del potere sovrano: *maiestas, imperium, potestas et dignitas Principis*.

“Concepiti lo stato ed il diritto come valori etici”, riconducibili al sistema metafisico della legge divina ed all’ordine gerarchico imposto dallo *ius imperium*, “i concetti di bene e di danno” – lungi dal rapportarsi a parametri tangibili e definiti – finiranno “coll’identificarsi con ciò che piace e dispiace al sovrano”<sup>199</sup>.

Al giudizio penale non sarà quindi più richiesto di valutare l’(esteriorità dell’) atto ed il danno, quanto di scandagliare l’anima dei sudditi: s’impose in tal senso al corpo sociale una *protectio* intrusiva nella vita individuale, che scrutava nell’interiorità più riposta, anche quella non manifesta nelle azioni, né dimostrabile nelle intenzioni. Ogni comportamento, anche il più inoffensivo, poté in questa prospettiva d’indagine, racchiudere i germi del “delitto di fellonia”, del *crimen laesae maiestatis*<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Già alla fine del XIV secolo, Girolamo Giganti – il più noto dei “sistematori della materia del *crimen laesae maiestatis*” – sottolineava come sarebbe anacronistico ed irragionevole attribuire la “*maiestas*” al popolo, dal momento che tutti i diritti e la stessa *maiestas* sono stati trasferiti al principe: “*quia Populi Romani maiestas extincta est, et omne ius suum in Principem traslatum, demum supervenit ius codicis, quo dictum crimen dilatatum fuit*”. GIROLAMO GIGANTI, (Hieronimi Gigantis Forosempronienensis) *De crimine laesae maiestatis*, Venetiis, 1584, in lib. I, *Crimen laesae maiestatis humanae quid sit.*, n. 1.

<sup>199</sup> HOBBS, *De Cive*, XIV, 3, p. Sul punto cfr. FERRAJOLI *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 48.

<sup>200</sup> In un tale contesto storico non deve sorprendere l’affermazione di Pierre Ayrault secondo cui “*nimia curiositas in religione crimen est*”. Sul punto vedi SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 75. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 471.

6.2. La trasformazione del pluralismo giuridico, comunitario e territoriale in monismo rappresentò il filo conduttore della *protectio secundum imperium*.

Attraverso il definitivo superamento di una sovranità parcellizzata, lo *ius imperium* si salda allo *ius puniendum* trasformando fra il XV ed il XVI secolo, funzione e struttura della giustizia penale: l'ordinamento penale diviene forma di governo del territorio e di gestione delle pulsioni e dei comportamenti popolari, contribuendo attivamente alla costruzione di un primo apparato istituzionale dello Stato attraverso un'organizzazione giurisdizionale e burocratico-amministrativa deputata non soltanto ad applicare ed a fornire esecuzione sanzionatoria ad obblighi e divieti, quanto a controllare ed incanalare condotte ed usi sociali nell'alveo di un ordine gerarchico, politico e religioso unitario.

Il passaggio "dalla giustizia negoziata e comunitaria della prima esperienza medievale" all'"organizzazione burocratica e gerarchica della funzione giurisdizionale" penale<sup>201</sup> rappresentò la *reductio ad unum* del potere politico e giurisdizionale che coinvolse anche l'impianto culturale ed ideologico della penalizzazione, provocando come primo effetto la repressione e prevenzione di ogni forma di *factio*.

La lotta alla *factio*, intesa come *secta, pars, partialitas* – che nel sistema della sovranità frammentata del XIII secolo era mitigata dal pluralismo e dalla molteplicità dei governi e delle giurisdizioni territoriali – divenne per la monarchia elemento imprescindibile del "*bellum iudiciale*" finalizzato alla *protectio regni*, implicando la condanna sociale – venata di contenuti morali e religiosi – di colui che esce dal sistema, ponendosi contro di esso.

La particolare "coesione della società medioevale, il suo integralismo, l'unità come valore supremo di ogni comunità" passò così dal terreno del micro-territorio al piano della comunità allargata.

La logica amico/nemico, strettamente connessa al sistema penale del diritto comune, si legò alla medesima logica dell'appartenenza che aveva già permeato la giustizia penale negoziale di stampo comunitario: appartenenza che tuttavia si allargò dal corpo locale ristretto del feudo e del Comune "stretto da municipalismo e logica delle fazioni", "al nuovo Stato, condizionato dai miti nazionalistici e dall'ossessione dell'unità (politica, religiosa, etnica)"<sup>202</sup>.

Il pluralismo della giustizia penale che sino alla fine del XIII secolo aveva rappresentato una ricchezza divenne sin dal XIV secolo, un disvalore da combattere a favore della *reductio ad unum* del potere politico e giurisdizionale: le giurisdizioni particolari – all'origine della sovranità frammentata delle "autogestioni" baronali, comunali e feudali – andavano eliminate ed assorbite nella iurisdictio del *Princeps* nella misura in cui mettevano in discussione il carattere totalizzante ed unitario del potere monarchico ed imperale.

<sup>201</sup> Così COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, cit., p. 5.

<sup>202</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, p. 153.

Faziose furono le “fazioni” cetuali e religiose, capeggiate dai magnati e dai baroni medioevali che – sostenitori ad oltranza della frammentazione territoriale e delle micro-sovraneità feudali – si opposero strenuamente all’accentramento giurisdizionale<sup>203</sup>: fazioni che in questa congiuntura storica, mirarono a tutelare anzitutto “i loro privilegi” politici ed i loro tradizionali “ambiti di potere”<sup>204</sup> di derivazione medioevale. Una “vasta gamma di poteri giurisdizionali, impositivi in materia di tributi e anche militari” che continuarono ad essere praticati “all’interno del territorio medesimo”<sup>205</sup>.

Le *factiones* configurarono non soltanto attività potenzialmente lesive de “l’unità dello Stato”<sup>206</sup>, ma un atto sedizioso, di aperta ribellione all’ordine costituito: una “*species rebellionis*” riconducibile alla “*species seditionis et prodicionis*”: quale “*seditionum civiliumque bellorum fons et scaturigo*”, la *factio* fu rappresentata come l’origine di tutti i problemi inerenti all’unità ed alla sicurezza dello stato<sup>207</sup>.

Per evitare la crescente incertezza giurisdizionale e preservare l’insorgenza di *factiones* che minavano l’unitarietà sociale e politica del territorio, occorreva un sovrano sempre più forte, custode dell’ordine ma anche dei costumi e dei comportamenti, che garantisse cioè la stabilità politica attraverso il controllo sociale<sup>208</sup>.

Dovunque ci fosse pluralismo, microaree differenziate di potere o di giustizia, il *Princeps* interveniva per ristabilire un ordine gerarchico, che coincideva con l’affermazione della sua assoluta ed incontrastata supremazia: il fazioso fu parificato al disobbediente che rompe la regola (*rectius*, l’obbligo) dell’unità e della conformità sociale; diventa in tal senso un ribelle, un sedizioso, un corpo ostile all’ordine gerarchico, sino ad incarnare il nemico.

La ricerca sociale di stabilità politica della popolazione s’incontrò in tal senso con le esigenze di centralizzazione del potere giurisdizionale e di accentuato controllo territoriale del potere monarchico<sup>209</sup>, che legò il suo intervento diretto sul

<sup>203</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, p. 153.

<sup>204</sup> “Proponendosi anche quali forze preesistenti in grado di coesistere col sovrano, “sul piano nuovo della partecipazione al governo del territorio”. Cfr. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 4.

<sup>205</sup> Cfr FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 6.

<sup>206</sup> Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, p. 302.

<sup>207</sup> Cfr Sbriccoli, *op. ult. cit.*, p. 302 e 303.

<sup>208</sup> Cfr. COSTA, *Diritti*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 39.

<sup>209</sup> Sin dal XIV secolo i “tentativi di sovversione” del sistema gerarchico feudale interessarono tutti gli Stati europei ed in particolare Francia ed Inghilterra, non risparmiando neppure l’Italia comunale nella misura in cui “il meccanismo di soggezione feudale nei confronti dell’Impero” riassorbì “nel tipo piramidale del feudo i vari Stati della penisola”, eccezion fatta per la Repubblica di Venezia e per i possedimenti della Chiesa. Sul punto vedi per tutti ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino, 1957, p. 49 ss., 54 ss.; ERCOLE, *Dal Comune al principato*, Firenze, 1929, p. 305 ss.; LEICHT, *Formes d’Etats de la Renaissance*, in *Scritti vari di Storia del diritto italiano*, Milano, 1943, vol.I, p. 519 ss.



terreno della giurisdizione alla costruzione di un articolato sistema di diritto penale politico<sup>210</sup>, capeggiato dalla rielaborazione del *crimen laesae maiestatis*.

Il controllo da parte del *Princeps* delle giurisdizioni particolari non fu, dunque finalizzato soltanto all'amministrazione verticistica della giustizia ed all'accentramento della *iurisdictio*: nella battaglia intrapresa dal potere monarchico contro le autonomie delle giurisdizioni locali, era sotteso il disegno ideologico-culturale ben più ambizioso e profondo, di eliminare alla radice ogni forma di competizione, ogni potere contrastante, ogni potenziale dissenso, ovvero di sradicare la *factio*, in qualsiasi forma essa si manifestasse.

6.3. Fra il XV ed il XVI secolo, la giustizia ed il diritto penale assunsero crescente aggressività, adottando "procedure spicciative, *ad modum belli* che assicuravano in primo luogo, e comunque l'esemplare punizione dei colpevoli", mirando a sradicare "dissenso religioso e devianza morale"<sup>211</sup>.

Venne dichiarata all'interno dei territori europei e sul piano giuridico una sorta di "*bellum iudiciale*", una guerra che si identificò nell'eccezionale ricorso all'azione penale e che determinò il definitivo superamento della giustizia comunitaria e pattizia.

Il "*bellum iudiciale*" irreggimentato nell'apparato giudiziario, inizierà ben presto a radicalizzare i contorni etici e religiosi dello *ius puniendi*, sino a far passare in secondo piano la funzione di mero ristabilimento dei diritti violati: da ciò la distinzione con il "*bellum Romanum*", che indica la guerra pagana in quanto tale illegittima, cui si contrappone la guerra giusta e sacra del "*bellum justum*"<sup>212</sup>: la guerra combattuta in punta di diritto che nella sacralità etica e religiosa – a partire dal XV secolo – trarrà la sua legittimità giuridica<sup>213</sup>.

Come ogni guerra anche il "*bellum iudiciale*" fu combattuta su due fronti e contro qualcuno, comportando la distinzione fra torto e ragione che rimanda alla divisione amico/nemico: l'avversario è il "brigante", il "*latrones*", colui che esercita la rapina o il "bandito", colui che viene allontanato dalla comunità in quanto nemico.

<sup>210</sup> Se le rivolte urbane e contadine non rappresentarono una minaccia reale, segnalando al più la crescente insoddisfazione dei sudditi, le "fronde feudali" costituirono un "preciso, diretto e temibile attacco" al potere monarchico ed alla sua centralità, creando molteplici "*factiones*", divisioni all'interno del corpo sociale prodromiche a tumulti o a vere e proprie *seditiones*. Cfr SBRICCOLI, *op. ult. cit.*, p. 300 e 301 ss.

<sup>211</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 181.

<sup>212</sup> In argomento vedi per tutti AA.VV., *Guerra giusta. La metamorfosi di un concetto antico*, (a cura di) CALORE, Milano, 2003, *passim*; REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de S. Augustin à nos jours*, Paris 1934, p. 156 ss.; HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983. DE LA BRIERE, *Le droit de juste guerre*, 1938; TOSI, *La teoria della guerra giusta in Francisco de Vitoria e il dibattito sulla conquista*, in *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, in [www.juragentium.org](http://www.juragentium.org)

<sup>213</sup> Sul punto vedi l'articolata analisi di BRUNNER, *Terra e potere.*, cit., p. 13 ss., cui si rimanda anche per approfondimenti ed ulteriori riferimenti bibliografici.

Il “*bellum justum*” è dunque “atto insieme conflittuale e giuridico” che “può essere mosso anche contro un nemico interno, perché i suoi presupposti” tendono a radicalizzare il conflitto “fra bene e male”: il reo rappresenterà “colui che è in torto” secondo l’ordine e la morale comune; il criminale tenderà a sovrapporsi al nemico della comunità, inteso come disubbidiente, ribelle, inosservante.<sup>214</sup>

Un nemico a cui la comunità dichiarerà guerra.

Il criminale diventa un nemico da combattere e da giudicare, senza andare troppo per il sottile<sup>215</sup>: senza cioè distinguere “né fra diritto, etica e politica, né fra interno ed esterno, e dunque neppure fra nemico e criminale”<sup>216</sup>.

In tal senso, va bandito non solo il delinquente in quanto tale ma soprattutto il ribelle.

Uno dei più autorevoli esponenti del XVI secolo della teoria del “*bellum justum*”, Francisco de Vitoria<sup>217</sup>, sostenne che la ribellione “è un delitto che va represso con un atto di guerra, che è anche atto di giustizia, o con atto di giustizia che prosegue direttamente la guerra”<sup>218</sup>.

Al ribelle è equiparato l’eretico “considerato fisicamente e giuridicamente” soggetto “senza pace (*friedlos*)”<sup>219</sup> che diffonde nel territorio e fra la popolazione questa condizione di ostilità ed insicurezza.

L’eretico come il ribelle, non si adegua all’*idem sentire*, diffondendo il germe di comportamenti non conformi all’*ordo* etico-religioso. “Turbando il comune ordine della pace”, l’eresia diviene vessillo del “*bellum iudiciale*” cristiano contro il “*bellum Romanum*” pagano.

<sup>214</sup> Cfr. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 13 ss.

<sup>215</sup> Ovvero da eliminare attraverso il giudizio penale. Argomento sempre attuale, basti pensare al “tema del nemico interno” ed al suo sviluppo a partire dagli anni settanta dello scorso secolo. Sul punto vedi STORTONI, *Presentazione, a Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 21.

<sup>216</sup> Così GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 46 e 47.

<sup>217</sup> La dottrina del “*bellum justum*” di Francisco de Vitoria (1483-1546) coerente con il periodo storico di riferimento, fu proiettata da un lato a legittimare le guerre di conquista del Nuovo Mondo del XVI secolo in base a prioritarie esigenze etico-religiose, dall’altro a mettere ordine nelle vicende dell’Europa del primo Cinquecento, divisa al suo interno da una pluralità di guerre. Gli scontri fra potenze cristiane a causa di conflitti religiosi, le guerre fra l’Imperatore ed i nascenti stati nazionali (principalmente la Francia di Francesco I), ma soprattutto le guerre esterne che riguardarono la cristianità minacciata dall’espansione dell’impero ottomano. I due contesti sono profondamente diversi, e richiedono un diverso approccio: nel primo caso si tratta di giustificare una guerra di conquista di territori nuovi e sconosciuti, dall’altra di chiamare all’unità il mondo cristiano – profondamente lacerato dalle divisioni religiose e politiche interne – per fronteggiare la minaccia dell’espansione dell’impero turco ottomano. Sul punto cfr. DE VITORIA, *De iure belli*, Roma-Bari, 2005, *passim*. Vitoria affronta il tema della guerra giusta anche nelle due *relectiones* dedicate alla questione del Nuovo Mondo cfr. al riguardo DE VITORIA, *Relectio de Indis. La Questione degli Indios*, testo critico di L. Pereña, ed. italiana e trad. di A. LA MACCHIA, Bari 1996; ID., *Relectio de Jure Belli* (1539), a cura di L. Pereña, CSIC, Madrid, 1981, CHP Vol. VI.

<sup>218</sup> Così GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 46 e 47.

<sup>219</sup> Così DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, cit., p. 93.

Il “*bellum iudiciale*” intrecciato al “*bellum justum*”, ingloberà due profili problematici, che si accentueranno nella giustizia penale d'apparato del XVI e del XVII secolo: in primo luogo, il “linguaggio impiegato dalle fonti narrative medioevali, in gran parte opera di religiosi”, incline a mischiare il piano etico con il piano penale; in secondo luogo, le scelte di criminalizzazione indirizzate a tipologie connotate da un disvalore etico e politico.

Tendenze che si tradurranno nello “spostamento della rilevanza penale di un atto o di un comportamento dal piano del danno” a quello del pericolo astratto ed ipotetico, determinando la criminalizzazione dell'intenzione piuttosto che dell'atto, dell'inclinazione personologica piuttosto che dell'evento.

Effetti che si manifesteranno con evidenza fra il XVI ed il XVII secolo, quando “lo spostamento del *focus* dal danno alla disobbedienza”, contaminando in maniera totalizzante “la risposta penale col tipo dell'infrazione politica” spianerà la strada “alla logica della prevenzione, col suo corteo di sospetti e pregiudizi”<sup>220</sup>.

La monarchia ed i ceti egemoni volevano prevenire ed impedire “il turbamento di un ordine” precostituito ed immutabile che andava “molto al di là dei singoli interessi”: un ordine di potere che per tutelare se stesso, imponeva “la conservazione ed il rispetto di regole, ruoli e gerarchie”<sup>221</sup>.

La *protectio secundum imperium*, quale sistema coercitivo imposto dall'alto per garantire incondizionata obbedienza, viziata dalle incognite dell'arbitrio illiberale e dal sopruso autoritario, generò i suoi frutti più significativi fra il 1532, anno d'introduzione della *Constitutio Criminalis Carolina* di Carlo V, ed il 1542, allorché con la bolla *Licet ab initio* di Paolo III, partì la Santa Inquisizione.

FRANCESCO FORZATI

<sup>220</sup> Così SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 181.

<sup>221</sup> Sul punto vedi SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 292.

